Der Konkurs des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft und des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung
der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hermann Stürcke
aus Erfurt

Berichterstatter:
Prof. Dr. Wolfgang Hein

Jena 1936

Universitäts-Buchdruckerei G. Neuenhahn G. m. b. H., Jena

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 7
Ausführung 8
A. Die Voraussetzungen der Konkurseröffnung 8
1. Der materielle Konkursgrund 8
2. Der formelle Konkursgrund 8
3. Die Zuständigkeit des Konkursgerichts 9
B. Die Konkursmasse 9
I. Das Privatvermögen 9
II. Die Verwertung des in der Gesellschaft steckenden Vermögens 10
1. Die Bedeutung des Gesellschaftsvermögens für die Konkursmasse . 10
a) Die Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens 10
b) Die Gesamthandsberechtigung der Gesellschafter 10
c) Die Konkursfreiheit des Gesellschaftsvermögens als solchem . . . 11
2. Die Bedeutung des Anteils am Gesellschaftsvermögen für die Konkursmasse 12
3. Die Bedeutung des Kapitalanteils 13
4. Die Zugehörigkeit des Auseinandersetzungsguthabens zur Konkursmasse 14
a) seine Pfändung und deren Wirkungen 14
b) seine Zugehörigkeit zur Konkursmasse 15
5. Die Auseinandersetzung. Allgemeines 16
a) Die für die Auseinandersetzung maßgebenden Vorschriften . . . 16
b) Die Voraussetzungen einer außerhalb des Konkursverfahrens stattfindenden Auseinandersetzung 16
c) Die Rechtsstellung des Konkursverwalters bei der Auseinandersetzung 17
d) Die Grundformen der Auseinandersetzung 20
aa) Die Auflösung der Gesellschaft durch den Konkurs 21
bb) Die zwingende Natur des § 131 Z. 5 HGB. 22
cc) Die Fortführung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter 23
α) auf Grund des § 138 HGB. 23
β) auf Grund des § 141 HGB. 24
γ) auf Grund eines Fortsetzungsbeschlusses 26
dd) Die Geschäftsübernahme durch einen anderen Gesellschafter . 27
ee) Das Ausscheiden des Gemeinschuldners und die Geschäftsübernahme bei der Kommanditgesellschaft 28
6. Die Durchführung der Liquidation und ihrer Abarten 29
a) Das Fortbestehen des Gesellschaftsverhältnisses 29
b) Die Liquidation 29
aa) Die durch die Liquidation zu erfüllenden Aufgaben 30
α) Die Einziehung der Forderungen 30

Seite

β) Die Einziehung rückständiger Einlagen 30
γ) Die Erfüllung der Ansprüche des Gemeinschuldners . . . 31
δ) Die Behandlung nur im Innenverhältnis zum Gesellschaftsvermögen gehörender Gegenstände 31
ε) Die Aussonderung von Treugut 32
ζ) Die Aufstellung von Bilanzen und die Verteilung des Reinvermögens 32
bb) Die Liquidatoren 33
α) Allgemeines 33
β) Die Personen der Liquidatoren 33
γ) Die Stellung des Konkursverwalters als Liquidator . . . 33
δ) Die Geschäfte des Konkursverwalters mit sich selbst als Liquidator 34
ε) Der Beginn der Geschäftstätigkeit der Liquidatoren . . 36
cc) Das Handeln der Gesellschafter als solcher nach der Auflösung 36
α) Die Anmeldungspflichten zum Handelsregister 36
β) Die Wirksamkeit von Vertreterhandlungen der Gesellschafter 38
γ) Handlungen im Rahmen des § 137 HGB. 40
δ) Handlungen im Rahmen des § 136 HGB. 40
c) Der vertragliche Ausschluß und die vertraglichen Aenderungen der Liquidation 41
aa) Die Liquidationsvorschriften sind nachgiebiges Recht 41
bb) Andere Arten der Auseinandersetzung 41
cc) Die Bedeutung des § 145 Abs. 2 HGB. 41
dd) Vertragliche Aenderungen der Liquidation 42
7. Die Durchführung der Auseinandersetzung bei Ausscheiden des Gemeinschuldners und bei der Geschäftsübernahme 42
a) Die Aenderung der Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens 43
aa) beim Ausscheiden 43
bb) bei der Geschäftsübernahme 43
b) Das Recht zur Fortführung der Firma 44
c) Die Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens 44
d) Die Mitwirkung des Konkursverwalters bei der Feststellung . . 46
e) Gesellschaftsvertragliche Abweichungen 46
8. Die Gebundenheit des Konkursverwalters an den Gemeinschuldner beschränkende Abreden 47
9. Die Auseinandersetzung bei gleichzeitigem Konkurs über das Gesellschaftsvermögen 48
a) im allgemeinen 48
b) beim Ausscheiden des Gemeinschuldners 49
10. Die Verwertung des Auseinandersetzungsguthabens durch Veräußerung 50
III. Die Ansprüche gegen die Gesellschaft 51
1. Die Ansprüche bei der Auseinandersetzung 51
a) Der Anspruch auf Rückgabe der der Gesellschaft zum Gebrauch überlassenen Gegenstände 51
b) Der Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden 51

Seite

c) Der Anspruch auf Beteiligung am Gewinn der schwebenden Geschäfte 52
2. Sonstige Ansprüche 53
a) Ihre Geltendmachung nach der Auflösung im allgemeinen . . . 53
b) Der Anspruch auf ihre Befriedigung vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens 54
c) Ihre Zugehörigkeit zur Konkursmasse 54
aa) bei Ansprüchen aus von dem Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnissen und Ansprüchen aus der Geschäftsführung 54
bb) bei Ansprüchen aus Gewinn und Entnahme 55
d) Ihre Geltendmachung im Konkurs der Gesellschaft 57
aa) im allgemeinen 57
bb) bei Ausscheiden des Gemeinschuldners vor Eröffnung des Gesellschaftskonkurses 59

IV. Die Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter 60
1. Die Haftung der übrigen Gesellschafter für Ansprüche gegen die Gesellschaft 61
a) während der Liquidation 61
b) beim Ausscheiden des Gemeinschuldners 61
c) Die Haftung der Kommanditisten 62
2. Die Ansprüche auf Grund der Saldenausgleichung 62
3. Die Behandlung von Rückgriffsansprüchen 63
4. Ansprüche auf Leistung rückständiger Einlagen 64

C. Die Konkursgläubiger 65

I. Die Privatgläubiger 65

II. Die Gesellschaftsgläubiger 65
1. im allgemeinen 65
a) Sie haben kein Vorzugsrecht 65
b) In der Geltendmachung ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft werden sie nicht gehindert 65
2. Die Behandlung erst während der Liquidation erworbener Forderungen 66
3. Die Wirkung von Teilzahlungen der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft 67
4. Die Beschränkung der Gesellschaftsgläubiger durch § 212 KO. . . . 68
a) Sein gesetzgeberischer Grund 68
b) Die Voraussetzungen für seine Anwendung 68
c) Die Wirkung eines Zwangsvergleichs im Gesellschaftskonkurs . 70
d) § 212 KO. nicht unterworfene Forderungen 70
e) Die Beschränkung auf den Ausfall 70
f) Die vorläufige Zurückbehaltung der Konkursquote 71
g) Die Informationspflicht des Konkursverwalters 71
h) Das Stimmrecht des Gesellschaftsgläubigers 72
i) Der Verzicht auf Beteiligung am Gesellschaftskonkurse 72
k) Die Aufrechnung 74

III. Die Gesellschaft als Konkursgläubigerin 74

Seite

1. Die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gemeinschuldner 74
insbesondere
a) beim Ausscheiden des Gemeinschuldners 74
aa) Der Anspruch auf Nachzahlung eines Passivsaldos 74
bb) Der Anspruch auf Teilnahme am Verlust der schwebenden Geschäfte 75
b) Der Anspruch auf Leistung einer rückständigen Einlage 75
c) Der Anspruch auf Behandlung eines dem Gemeinschuldner gehörenden Gegenstandes als Gesellschaftsvermögen 76
d) Schadenersatzansprüche aus Pflichtverletzungen des Konkursverwalters bei der Auseinandersetzung 78
2. Die Geltung des § 51 KO. für Ansprüche der Gesellschaft 78
3. Aufrechnung 79

IV. Die Gesellschafter als Konkursgläubiger 79
1. Ihre Ansprüche gegen den Gemeinschuldner 79
insbesondere
a) Saldenausgleichsforderungen 79
b) Ansprüche aus §§ 136, 137 HGB. 80
c) Schadenersatzansprüche wegen des Konkurses 80
2. Das Absonderungsrecht des § 51 KO. 81
a) Die Bedeutung des § 51 KO. 81
b) Die Voraussetzungen der Geltendmachung des Absonderungsrechts 82
c) Der Anteil im Sinne des § 51 KO. 83
d) Die absonderungsberechtigten Forderungen 83
e) Die Geltendmachung des Absonderungsrechts 85
3. Aufrechnung 86

Einleitung.

Zweck der vorliegenden Arbeit ist es, den Konkurs des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft (OHG.) sowie den des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft (KG.) darzustellen. In beiden Fällen ist die Situation im wesentlichen die gleiche: Es handelt sich jedesmal um den Konkurs des Teilhabers einer Handelsgesellschaft, der für die Schulden dieser Gesellschaft in vollem Umfang persönlich haftet (vgl. §§ 105 Abs. 1; 128; 161 Abs. 1 HGB.).

Da gemäß § 161 Abs. 2 HGB. auf die Kommanditgesellschaft die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft Anwendung finden, soweit die §§ 161 ff. HGB. nichts anderes bestimmen, so gilt, was im folgenden für den Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ausgeführt wird, auch für den persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft. Nur soweit für ihn etwas anderes gilt, wird das besonders erwähnt.

Der Konkurs des Gesellschafters ist zu untersuchen. Dagegen ist es nicht Aufgabe dieser Arbeit, den Konkurs der Gesellschaft als solcher darzustellen. Auf ihn kann nur eingegangen werden, soweit er auf die Rechtslage im Konkurse des Teilhabers Einfluß hat.

Insbesondere ist zu prüfen:

1. Unter welchen Voraussetzungen Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters eröffnet werden kann.
2. Welche Gegenstände zur Konkursmasse gehören, und wie sie für die Konkursmasse verwertet werden können.
3. Wer sich als Gläubiger am Konkurse beteiligen darf, und welche Vorrechte er gegebenenfalls beanspruchen kann.

Ausführung.

A. Die Voraussetzungen der Konkurseröffnung.

1. Der materielle Konkursgrund.

In früheren und ausländischen Rechten mußte bei Konkurs der Gesellschaft, von Amts wegen oder auf Antrag, auch Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet werden [1]). Es war gleichgültig, ob der Gesellschafter persönlich zahlungsunfähig war. Eine derartige Vorschrift besteht heute nicht mehr. Es kann daher nur dann Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet werden, wenn in seiner Person ein Konkursgrund vorliegt. Ist er, wie es die Regel ist, eine natürliche Person, so ist seine Zahlungsunfähigkeit Konkursgrund (§ 102 KO.). Aber auch juristische Personen können nach herrschender Ansicht, deren Richtigkeit hier unterstellt werden muß, Mitglieder einer Handelsgesellschaft sein [2]). Für diese bildet außer der Zahlungsunfähigkeit auch die Ueberschuldung einen Konkursgrund (vgl. §§ 207, 213 KO.).

Gesellschafter in diesem Sinne ist auch der Erbe eines Gesellschafters, mit dem unter den Voraussetzungen des § 139 HGB. die Gesellschaft fortgesetzt wird. Sein Konkurs hat die gleichen Wirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis wie der Konkurs des Erblassers, denn er ist nunmehr Gesellschafter. Auch dann, wenn über den Nachlaß des bisherigen Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird, treten die gleichen Wirkungen ein wie beim Konkurs eines Gesellschafters [3]). Zum Nachlaß gehören gerade die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte. Damit sie im Nachlaßkonkurs verwertet werden können, muß dieser die gleichen Wirkungen haben wie der Konkurs eines Gesellschafters. Konkursgrund ist daher in diesem Falle die Ueberschuldung des Nachlasses (§ 215 KO.).

2. Der formelle Konkursgrund.

Zu dem sog. materiellen Konkursgrund, also Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung, muß ein sog. formeller Konkursgrund, der Antrag eines hierzu Berechtigten (§ 103 Abs. 1 KO.), hinzutreten.

---

1) Vgl. dazu Jaeger, Konkurs der OHG. S. 171 f.; derf., Lehrbuch des Konkursrechts S. 200 Anm. 7; Behrend, Handelsrecht Bd. 1 S. 589.

2) So Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 20; Staub-Pinner, § 105 Anm. 22; RG. Bd. 105 S. 101 ff.

3) Düringer-Hachenburg, § 139 Anm. 16; a. A. Lehmann-Ring, § 131 Nr. 5.

Wer antragsberechtigt ist, ist gleichfalls nach der Person des Gesellschafters zu bestimmen, je nachdem, ob er natürliche oder juristische Person ist, oder ob die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Wirkungen des Konkurses eines Gesellschafters hat, gelten die §§ 103 Abs. 2; 208 oder 217 KO.

3. Die Zuständigkeit des Konkursgerichts.

Ebenso ist die Zuständigkeit des Konkursgerichts nach der Person des Gesellschafters zu bestimmen. Es ist daher dasjenige Amtsgericht zuständig, bei welchem der Gesellschafter seine gewerbliche Niederlassung oder seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 71 KO.). Als seine gewerbliche Niederlassung ist nicht die der Gesellschaft anzusehen [4]). Auch dann, wenn der Gesellschafter als geschäftsführender Gesellschafter seine ganze Tätigkeit der Gesellschaft widmet und keine andere gewerbliche Niederlassung hat, stellt das Gesellschaftsunternehmen nicht seine persönliche gewerbliche Niederlassung dar, sondern die der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit [5]). Der gesetzgeberische Grund des § 71 KO. trifft nicht zu. Das Gericht der gewerblichen Niederlassung wird deshalb zum Konkursgericht bestimmt, weil das Unternehmen des Gemeinschuldners regelmäßig einen Hauptbestandteil der Konkursmasse bilden wird. Das Gesellschaftsunternehmen gehört dagegen als solches nicht zur Konkursmasse.

Für die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß ist ausschließlich dasjenige Amtsgericht zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte (§ 214 KO.).

B. Die Konkursmasse.

I. Das Privatvermögen.

Die Konkursmasse umfaßt gemäß § 1 Abs. 1 KO. das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Zu ihr ist daher dasjenige Vermögen des Gesellschafters zu rechnen, das ihm unabhängig von seiner Gesellschaftereigenschaft gehört. Für dieses Privatvermögen ergeben sich aus der Gesellschaftereigenschaft keine Sonderfragen, die hier zu erörtern wären. Soweit es nach allgemeinen Regeln zur Konkursmasse gehören würde, gehört es auch zu der des Gesellschafters.

---

4) Kammergericht in Konkurs und Treuhandwesen 1929 S. 30.

5) a. A. Landgericht Berlin, JW. 1932 S. 205, 5; wie hier Düringer-Hachenburg, § 131 Anm. 8.

II. Die Verwertung des in der Gesellschaft steckenden Vermögens.

1. Die Bedeutung des Gesellschaftsvermögens für die Konkursmasse.

a) Um feststellen zu können, was auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zur Konkursmasse des Gesellschafters gehört, müssen dessen Beziehungen zum Gesellschaftsvermögen untersucht werden. Zunächst ist auf die Rechtszuständigkeit dieses Vermögens einzugehen; denn wenn das Gesellschaftsvermögen einem von den Gesellschaftern getrennt zu denkenden Rechtssubjekt zusteht, kommt seine Zugehörigkeit zur Konkursmasse schon wegen § 1 KO. nicht in Frage. Die OHG. ist grundsätzlich Gesellschaft (vgl. § 105 Abs. 1 HGB.). Auf sie sind gemäß § 105 Abs. 2 HGB. die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hilfsweise anwendbar. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nicht als juristische Person in dem Sinne anzusehen, daß die Gesellschaftsrechte und -pflichten einem von den Gesellschaftern getrennt zu denkenden Rechtssubjekt zustehen. Vermögensträger sind hier die Gesellschafter. Dies ist ausgesprochen in § 718 BGB., der bestimmt, daß Beiträge und durch Geschäftsführung erworbene Gegenstände gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter, nicht etwa Eigentum der Gesellschaft werden. Das gilt auch für die OHG. Dadurch, daß § 124 Abs. 1 HGB. bestimmt: „Die OHG. kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden", ändert sich nichts an dem Grundsatz, daß die so erworbenen Rechte den Gesellschaftern zustehen. § 124 HGB. besagt lediglich, daß die Gesellschafter unter ihrer Firma handeln können [6]). Auch solche Schriftsteller, die der OHG. in gewissen Beziehungen Rechtspersönlichkeit zugestehen — eine Frage, die hier nicht entschieden zu werden braucht —, halten doch daran fest, daß das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zusteht [7]).

b) Daraus, daß das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern, also auch dem Gemeinschuldner, zusteht, geht aber nicht hervor, daß es zur Konkursmasse gemäß § 1 KO. gehört; denn es gehört dem

---

6) Vgl. RG. Bd. 56, 206 ff.; 65, 230; Düringer-Hachenburg, § 124 Anm. 1; Staub-Pinner, § 105 Anm. 8; Lehmann-Hoeniger S. 237; Behrend, Handelsrecht S. 516.

7) Vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 293; wohl auch Heinsheimer S. 32; Schönfeld S. 352 in Iher. Jahrb. Bd. 75; Wieland S. 425; für juristische Persönlichkeiten überhaupt ist Kohler ZHR. Bd. 74 S. 456 ff. und ausführlicher im Archiv f. bürgerl. R. Bd. 40 S. 229 ff.; dagegen K. Lehmann ZHR. Bd. 74 S. 462 ff., Bd. 78 S. 306 ff. Kohler stützt seine Ansicht im wesentlichen auf völkerrechtliche Erwägungen und spricht wohl mehr de lege ferenda.

Gemeinschuldner nicht allein, sondern nur mit den übrigen Gesellschaftern zusammen. Es müssen daher die Beziehungen der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen geprüft werden, um festzustellen, ob etwas und was sich auf Grund der Mitberechtigung des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen zur Konkursmasse ziehen läßt.

In § 719 Abs. 1 BGB. ist ausgesprochen, daß die Gesellschafter weder berechtigt sind, über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen oder an dessen einzelnen Gegenständen zu verfügen, noch berechtigt sind, Teilung zu verlangen. Darin kommt zum Ausdruck, daß für die Gesellschaft das Prinzip der Gesamthandsberechtigung gilt. Das Wesen einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand liegt darin, daß das fragliche Recht mehreren Personen gemeinsam zusteht in der Weise, daß sie nur zusammen berechtigt sind [8]). Anders ausgedrückt ist bei einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand jeder Berechtigte auf das Ganze berechtigt, jedoch beschränkt durch die Mitberechtigung der übrigen [9]). Der einzelne Berechtigte kann seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen eines Gesamthandsvermögens nicht wie bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (vgl. § 747 BGB.) übertragen. Dagegen ist die Uebertragung des Anteils am Vermögensganzen bei einzelnen Gesamthandsgemeinschaften möglich (vgl. § 2033 BGB.). Das Primäre bei einem Gesamthandsverhältnis ist nicht die Rechtsgemeinschaft, sondern die personenrechtliche Verbundenheit der Mitberechtigten [10]). Diese ist hier im Gesellschaftsverhältnis zu sehen. Verbunden sind die Gesellschafter schon durch den Gesellschaftsvertrag, ohne daß schon bei Abschluß desselben Gesellschaftsvermögen vorhanden zu sein braucht. Da auch die Verfügung über die Anteile an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen ist, ist anzunehmen, daß für die Gesellschaft und damit auch für die OHG. das Prinzip der Gesamthandsberechtigung gilt. Dies ist auch die allgemeine Ansicht [11]).

c) Daraus ist aber zu folgern, daß das Gesellschaftsvermögen als solches nicht zur Konkursmasse gehört [12]), denn weder das Vermögen als Ganzes noch Teile desselben stehen dem Gesellschafter allein zu, sondern er ist überall gebunden durch die Mitberechtigung der übrigen Gesellschafter. § 1 KO. ist daher nicht anwendbar. Dies wird auch

---

8) Enneccerus-Nipperdey, § 69 II, 2 S. 210; Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 2 S. 956; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 20.

9) RG. Bd. 65 S. 235.

10) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 353 f.; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 20; Oertmann, Vorbem. v. § 705, 4c; Kaufmann S. 9.

11) Vgl. etwa RG. Bd. 65 S. 227 ff., 114 S. 131 ff.; Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 3; Staub-Pinner, § 105 Anm. 28.

12) RG. in Gruch. Beitr. Bd. 45 S. 621 ff.; Mentzel, § 16 Anm. 1.

durch § 16 KO. bestätigt. Nach diesem findet die Auseinandersetzung einer Gesellschaft außerhalb des Konkursverfahrens statt. Zur Konkursmasse gehört daher vom Gesellschaftsvermögen nur, was der Gemeinschuldner auf Grund der Auseinandersetzung daraus erhält, nicht dieses selbst.

2. Die Bedeutung des Anteils am Gesellschaftsvermögen für die Konkursmasse.

Immerhin könnte der Anteil am Gesellschaftsvermögen zur Konkursmasse gehören. Die gesamthänderische Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens schließt die Annahme von Anteilen der Gesellschafter daran nicht aus. Solche sind vorhanden, denn § 719 BGB. spricht ausdrücklich von „Anteilen" am Gesellschaftsvermögen und dessen einzelnen Gegenständen.

Um festzustellen, ob der Anteil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört, muß seine Rechtsnatur kurz untersucht werden. Die Anteile am Gesellschaftsvermögen sind nicht so vorzustellen, als ob sie den Gesellschaftern nach bestimmten, festen oder veränderlichen Quoten zuständen (Theorie der geteilten Mitberechtigung) [13]). Weder kann man ohne Willkür annehmen, daß die Anteile gleich sind, noch auch, daß sie sich nach den Kapitalanteilen richten, denn die gesamthänderische Mitberechtigung eines Gesellschafters ist auch dann noch vorhanden, wenn sein Kapitalanteil passiv ist. Dieser drückt lediglich die wertmäßige kapitalistische Beteiligung des Gesellschafters aus (s. u. S. 13). Richtig dürfte vielmehr die herrschende Theorie der ungeteilten Mitberechtigung sein [14]), der zufolge es unmöglich ist, das Anteilsrecht des Gesellschafters in einer Quote auszudrücken, denn solche lassen sich praktisch gar nicht berechnen. Man kann das Wesen des Anteils am Gesellschaftsvermögen auch so ausdrücken: der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist kein selbständiges Recht des Gesellschafters, er ist vielmehr nur dessen Gesellschafterstellung mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen betrachtet und somit vollkommen abhängig von dieser [15]). Aus dem Umstande, daß dem Gemeinschuldner ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zusteht, läßt sich daher weder eine Antwort auf die Frage finden, ob er über das Gesellschaftsver-

13) Vgl. Oertmann, Vorbem. v. § 705, 4c; Goldmann-Lilienthal S. 784; Lehmann-Ring, Vorbem. v. § 105 S. 335.

14) Vgl. Planck, Vorbem. zu § 705 II, 3; Staudinger § 705 Anm. 4, 1; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 23; Staub-Pinner, § 105 Anm. 28; Kaufmann S. 50; RG. 56, 206 ff.

15) v. Tuhr, Bd. 1 S. 359; Heinsheimer S. 28; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 25; RG. Bd. 68 S. 412.

mögen verfügen kann, noch auch, ob er etwas und was er bei einer Teilung aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen kann. Dies kann nur aus der sonstigen Rechtsstellung des Gesellschafters beantwortet werden. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist lediglich der Ausdruck dafür, daß die im Gesellschaftsvermögen zusammengefaßten Rechte dem Gesellschafter zusammen mit den übrigen Gesellschaftern zustehen. Nimmt man daher auch an, daß dieser Anteil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört, so ist damit zur Frage der Verwertung seines in der Gesellschaft steckenden Vermögens noch nichts gewonnen. Denn um zu einem zur Befriedigung der Konkursgläubiger brauchbaren Vermögensobjekt zu gelangen, ist es notwendig, daß entweder die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens gelöst und Teile desselben, sei es in Geld, sei es in natura unter die freie Verfügungsmacht des Konkursverwalters gestellt werden, oder daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen überhaupt verlorengeht, aber die Konkursmasse eine entsprechende Entschädigung erhält.

Dasjenige, was ein Gesellschafter für sein freies Vermögen beanspruchen kann, kann nur im Wege einer Auseinandersetzung festgestellt werden, sei es, daß dazu eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens erforderlich ist, sei es, daß sein Auseinandersetzungsguthaben gemäß §§ 738 ff. BGB. nur rechnerisch festgestellt wird. Für unsere Zwecke würde es daher genügen, festzustellen, daß einerseits die Ansprüche, die der Gemeinschuldner auf Grund der Auseinandersetzung hat, zur Konkursmasse gehören, andererseits der Konkursverwalter die Rechte ausübt, die der Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung haben würde. Dann gehören alle Rechte, die es ermöglichen, dem Gemeinschuldner gebührende Teile des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens in die Konkursmasse zu überführen oder einen Gegenwert für den Verlust der Mitberechtigung zu erlangen, zur Konkursmasse. Daß der Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen hat, beantwortet ja nur die Frage nach dessen Rechtszuständigkeit. Gesteht man dem Konkursverwalter alle Rechte bei der Auseinandersetzung zu, so wird man auch sagen können, daß der Anteil dem Konkursbeschlage unterliegt. Praktische Bedeutung hat es nicht.

3. Die Bedeutung des Kapitalanteils.

Von dem Anteil am Gesellschaftsvermögen ist der Kapitalanteil des Gesellschafters zu unterscheiden. In ihm ist die wertmäßige, kapitalistische Beteiligung der Gesellschafter ausgedrückt [16]). Dies geschieht

16) Vgl. dazu Staub-Pinner, § 105 Anm. 28; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 37; Kurt-Heinz Lehmann S. 39 ff.

zunächst dadurch, daß dem einzelnen Gesellschafter der Wert seiner Einlage auf seinem Kapitalkonto gutgeschrieben wird. Veränderungen erfährt der Kapitalanteil später dadurch, daß ihm die auf den Gesellschafter entfallenden Gewinne zugeschrieben, die von dem Gesellschafter zu tragenden Verluste von ihm abgesetzt werden (§ 120 Abs. 2 HGB.). Auch die Beträge, die der Gesellschafter im Rahmen seines Entnahmerechts aus der Gesellschaftskasse entnimmt, gehen zu Lasten des Kapitalanteils (§ 122 Abs. 1 HGB.). Durch derartige Verkleinerungen des Kapitalanteils kann es vorkommen, daß er durch eine negative Ziffer dargestellt wird, er ist passiv. Der aktive Kapitalanteil des Gesellschafters erscheint in der Gesellschaftsbilanz unter den Passiven, der passive Kapitalanteil unter den Aktiven. Weder stellt aber der aktive Kapitalanteil eine Schuld der Gesellschaft dar, noch ist der passive Kapitalanteil eine Schuld des Gesellschafters, denn dieser darf über den vereinbarten Beitrag hinaus grundsätzlich nicht zu neuen Beiträgen herangezogen werden (§ 707 BGB.). Der Kapitalanteil ist daher zunächst nur eine Ziffer, die den Anteil des Gesellschafters am Wert des Gesellschaftsvermögens ausdrückt. Während des Bestehens der Gesellschaft ist er außerdem Maßstab für die Gewinnbeteiligung und den Umfang des Entnahmerechts (§§ 121, 122 HGB.). Bei der Auseinandersetzung wird er zum Maßstab für dasjenige, was der Gesellschafter zu erhalten bzw. nachzuzahlen hat. Einen zur Masse gehörigen Anspruch stellt aber der Kapitalanteil als solcher nicht dar.

4. Die Zugehörigkeit des Auseinandersetzungsguthabens zur Konkursmasse.

Da für dasjenige, was ein Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen für sein freies, nicht gesamthänderisch gebundenes Vermögen verlangen kann bzw. was er als Entschädigung für den Verlust seines Anteils am Gesellschaftsvermögen verlangen kann, die Ansprüche maßgebend sind, die er auf Grund der Auseinandersetzung hat, ist zu prüfen, ob diese Ansprüche zur Konkursmasse gehören.

a) Grundsätzlich gehört ein Gegenstand nur dann zur Konkursmasse, wenn er pfändbar ist (§ 1 KO.). Zwar sind regelmäßig nicht übertragbare Rechte, wie eben der Anteil am Gesellschaftsvermögen (§ 719 BGB.), auch nicht pfändbar. § 859 ZPO. sieht jedoch eine Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen vor. Unter Anteil im Sinne des § 859 ZPO. ist aber nicht der Anteil im Sinne des § 719 BGB. zu verstehen. Seine Pfändung würde praktisch bedeutungslos sein; denn aus der gesamthänderischen Mitberechtigung des Gesellschafters als solcher ergeben sich keine Verwertungsmöglichkeiten

(s. o. S. 12 f.). Vielmehr sind Anteil im Sinne des § 859 ZPO. die schon nach § 717 S. 2 BGB. übertragbaren und damit pfändbaren Ansprüche auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben [17]). Dies geht insbesondere aus § 725 Abs. 2 BGB. hervor, der dem Gläubiger die Ausübung der aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Rechte während des Bestehens der Gesellschaft mit Ausnahme des Anspruchs auf den Gewinnanteil untersagt. Da aber, wie unten noch darzulegen sein wird, das Gesellschaftsverhältnis über die sog. Auflösung hinaus bis zur Beendigung der Auseinandersetzung als fortbestehende anzusehen ist, kann der pfändende Gläubiger auch während des Auseinandersetzungsverfahrens keine gesellschaftlichen Rechte seines Schuldners ausüben und kann somit nur die an sich übertragbaren Rechte geltend machen. Andere gesellschaftliche Rechte seines Schuldners stehen ihm nicht zu, insbesondere hat er kein Recht, bei der Liquidation mitzuwirken [18]). Um ihm die Verwertung des Anteils seines Schuldners zu ermöglichen, werden ihm vom Gesetz gewisse Rechte gegeben. Er kann die Gesellschaft kündigen (§§ 725 BGB., 135 BGB.). Er hat bei der OHG. einen Anspruch auf Durchführung der Liquidation (§ 145 BGB.). Er kann die Ernennung und Abberufung der Liquidatoren beantragen (§§ 146, 147 BGB.). Bindende Anordnungen an die Liquidatoren bedürfen seiner Zustimmung (§ 152 HGB.). Ob und wieweit ihm Rechte auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung zuzugestehen sind, kann hier nicht erörtert werden. Niemals aber übt der pfändende Gläubiger Rechte des Gesellschafters aus, sondern nur solche, die ihm vom Gesetz zur Durchführung seines Anspruchs gegeben worden sind.

b) Da die Ansprüche, die der Gemeinschuldner auf Grund der Auseinandersetzung hat, nach § 859 ZPO. pfändbar sind, fallen sie gemäß § 1 KO. in die Konkursmasse.

Daß diese Ansprüche nicht schon vor der Konkurseröffnung bestanden, berührt ihre Zugehörigkeit zur Konkursmasse nicht. Denn wenn sie dem Gemeinschuldner auch nicht schon zur Zeit der Konkurseröffnung zustanden, so erwarb er sie doch gerade durch die Konkurseröffnung und der Rechtsgrund wurde vor der Zeit der Konkurseröffnung eben durch das Gesellschaftsverhältnis gebildet. Es handelt sich daher nicht um einen nicht dem Konkursbeschlag unterliegenden Neuerwerb des Gemeinschuldners [19]).

---

17) Stein-Jonas, § 859 I, 2; Düringer-Hachenburg, § 135 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann, § 167 II, 3; RG. Bd. 95 S. 231 ff.

18) Düringer-Hachenburg, § 135 Anm. 9; Staub-Pinner, § 135 Anm. 7; Neufeld-Schwarz, § 135 Anm. 4; Wieland S. 666 Anm. 26.

19) Jaeger, KO. § 1 Anm. 54.

Soweit sich diese Ansprüche gegen die Gesellschaft richten, wird ihre Geltendmachung nicht dadurch gehindert, daß der Gemeinschuldner als Gesellschafter zugleich Schuldner ist. Dies steht insbesondere einer Klage gegen die Gesellschaft unter ihrer Firma nicht entgegen. Denn auch für das Verhältnis unter den Gesellschaftern wirkt die Verbundenheit der Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag. Es können daher sowohl Ansprüche gegen die Gesellschaft (die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit) durch Klage gegen die Firma als auch Ansprüche der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit gegen einen einzelnen Gesellschafter durch Klage unter der Firma geltend gemacht werden [20]).

5. Die Auseinandersetzung. Allgemeines.

Da die zur Konkursmasse gehörenden Ansprüche des Gemeinschuldners durch eine Auseinandersetzung ermittelt werden müssen, ist zu prüfen, wie diese Auseinandersetzung vor sich geht.

a) Grundlegend ist § 16 Abs. 1 KO., der bestimmt: „Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten ... in einer Gesellschaft ..., so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens." Damit ist ausgedrückt, daß für die Auseinandersetzung das sonstige Recht, hier insbesondere das HGB. und BGB. maßgebend sind; danach muß festgestellt werden, ob überhaupt eine Auseinandersetzung stattfinden darf und in welcher Weise sie vorzunehmen ist [21]).

b) Der Gemeinschuldner muß sich in einer Gesellschaft befinden. Für die Anwendung des § 16 KO. bleibt daher kein Raum, wenn die Gesellschaft bei der Konkurseröffnung noch nicht besteht oder schon beendet ist. Beendet ist die Gesellschaft nur, wenn sie schon vor der Konkurseröffnung aufgelöst oder der Gemeinschuldner ausgeschieden war und auch die Auseinandersetzung schon stattgefunden hatte. Im letzteren Falle fällt das, was der Gemeinschuldner auf Grund der Auseinandersetzung erhalten hat, schon gemäß § 1 KO. in die Konkursmasse.

In einem Falle findet eine Auseinandersetzung auch dann noch statt, wenn die Gesellschaft an sich zu bestehen aufgehört hat. Die Gesellschaft erlischt, wenn bei zwei Gesellschaftern der eine den anderen

---

20) Düringer-Hachenburg, Vorbem. v. § 109 Anm. 2; Staub-Pinner, § 124 Anm. 17; Jaeger, Die OH. im Zivilprozeß S. 41 Note 63; a. A. RG. LZ. 1914 Sp. 1202, 7; wie hier RG. a. a. O. Sp. 1030; RG. Bd. 90 S. 301, 91, 35.

21) Jaeger, KO. § 16 Anm. 10 u. 9; Wolff, § 16 Anm. 7 u. 5; Wilmowski-Kurlbaum, § 16, 1 u. 4; Fitting S. 165; Kleinfeller, Lehrb. S. 49; Bleyer, § 16, 1c; Mentzel, § 16, 2; RG. Bd. 40 S. 44 ff.; RG. b. Bolze Bd. 18 N. 27.

beerbt. Eine Gesellschaft mit nur einem Gesellschafter gibt es nicht. Wird aber jetzt über den Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet, so muß gemäß § 1976 BGB. auch das Gesellschaftsverhältnis als nicht erloschen gelten [22]). In dieser Lage findet, wenn Nachlaßkonkurs oder Konkurs über das Vermögen des überlebenden Gesellschafters oder auch über beide Vermögensmassen eröffnet wird, § 16 KO. Anwendung. Die Auseinandersetzung findet daher außerhalb des Konkurses statt. Die Rechtslage ist so anzusehen, als bestände die Gesellschaft weiter.

Die Anwendung des § 16 KO. hat aber nicht das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen zur Voraussetzung [23]). Auch wenn kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, muß im Wege der Auseinandersetzung festgestellt werden, ob noch schuldrechtliche Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander bestehen.

c) Die Auseinandersetzung richtet sich nach den außerhalb des Konkurses geltenden Vorschriften. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob der Konkursverwalter oder der Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung mitwirkt.

Die Gesellschaft wird durch den Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst (§ 131 Z. 5 HGB.). Der Konkursverwalter tritt bei der Liquidation an die Stelle des Gemeinschuldners (§ 146 Abs. 3 HGB.). Die Liquidation darf nur mit Zustimmung des Konkursverwalters unterbleiben (§ 145 Abs. 2 HGB.). Dem Konkursverwalter ist daher schon durch diese positiven Vorschriften ein weitgehender Einfluß auf die Verwertung des Gesellschaftsvermögens, die Lösung desselben aus der gesamthänderischen Bindung und die Ueberführung des dem Gemeinschuldner zustehenden Teiles in die Konkursmasse eingeräumt. Der Konkursverwalter hat jedoch bei wörtlicher Auslegung der Bestimmungen der §§ 146 Abs. 3, 145 Abs. 2 HGB. keineswegs alle Rechte, die ein Gesellschafter bei der Auseinandersetzung hätte. So könnte er nicht bei einer Auseinandersetzung gemäß § 738 BGB. mitwirken, wenn der Gemeinschuldner vertragsgemäß ausscheidet (§ 138 HGB.) oder ausgeschlossen wird (§ 141 Abs. 2 HGB.). Auch wenn die Liquidation vertragsgemäß unterbleiben soll, hätte er kein Mitwirkungsrecht. Bei einer solchen Auslegung würde man die Bestimmungen der §§ 146 Abs. 3, 145 Abs. 2 als Ausnahme von der Regel ansehen, daß nur die übertragbaren und damit pfändbaren Rechte des Gesellschafters zur Konkursmasse gehören. Darüber hinaus würde man dem Konkursverwalter keine Rechte zur Mitwirkung bei der Auseinandersetzung zugestehen. Es ist aber fraglich, ob nicht

22) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 218, OLG. Frankfurt; JW. 1930 S. 2812 Nr. 29.

23) Jaeger, KO. § 16 Anm. 1; a. A. Sarwey-Bossert, § 16, 2.

vielmehr in den Bestimmungen der §§ 146 Abs. 3, 145 Abs. 2 HGB. ein einheitlicher Grundsatz des Inhalts zum Ausdruck kommt, daß der Konkursverwalter alle Mitwirkungsrechte, die der Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung hätte, ausüben kann. Ob er das kraft seines Amtes oder als Vertreter des Gemeinschuldners tun würde, ist hier gleichgültig. Freilich könnte man bei jeder Einzelfrage prüfen, ob eine entsprechende Anwendung der für die Liquidation geltenden Bestimmungen angebracht erscheint. Weit zweckmäßiger aber ist es, wenn alle Einzelfragen nach einem einheitlichen Grundsatz entschieden werden können.

Ein solcher Grundsatz läßt sich nicht schon aus § 6 KO. herleiten [24]). § 6 KO. räumt dem Konkursverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das Vermögen des Gemeinschuldners ein. Er schafft aber bezüglich des Umfangs der den Konkursbeschlag unterworfenen Rechte keine Erweiterung des § 1 KO. Man kann durch § 6 KO. nicht begründen, daß unübertragbare Rechte des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter ausgeübt werden dürfen. Auch hat die Unübertragbarkeit dieser Rechte nicht in der Rücksichtnahme des Gesetzes auf den Gemeinschuldner ihren gesetzgeberischen Grund. Vielmehr sollten den übrigen Gesellschaftern gesellschaftsfremde Personen nicht aufgedrängt werden. § 6 KO. ließe ohne weiteres die Annahme zu, daß der zur Konkursmasse gehörige „Anteil" nur die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben und auf Gewinn umfaßt, zur Konkursmasse nur diese Ansprüche gehören und der Verwaltung des Konkursverwalters unterliegen, ihre Feststellung aber von den Gesellschaftern zusammen mit dem Gemeinschuldner vorgenommen wird. § 6 KO. also besagt nichts für und nichts gegen die Annahme weitergehender Rechte.

Bleibt zu prüfen, ob sich obiger Grundsatz auf § 16 KO. stützen läßt. Danach findet die Auseinandersetzung nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Vorschriften statt (s. o.). Nur nach diesen ist festzustellen, in welcher Weise sie zu erfolgen hat. Ob aber der Verwalter oder der Gesellschafter bei der Auseinandersetzung mitwirkt, entscheidet § 16 KO. nicht ausdrücklich. Wohl aber scheint er davon auszugehen, daß, mag sich auch die Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens und nach anderen Regeln vollziehen, jedenfalls der Konkursverwalter statt des Gemeinschuldners in den für den Gemeinschuldner gezogenen Grenzen bei der Auseinandersetzung mitwirkt. Die Motive zur KO. (S. 61) sprechen sich dahin aus, daß die Vertretung des Gemeinschuldners durch den Kon-

24) Anders Jaeger, KO. § 16 Anm. 9; derf., Lehrbuch des Konkursrechts S. 116; Wilmowski-Kurlbaum, § 16, 1 u. 5; Kleinfeller, Lehrbuch S. 49, RG. in LZ. 1913 Sp. 395 ff.

kursverwalter bei der Auseinandersetzung selbstverständlich sei — eine Aeußerung, die deshalb bedeutsam ist, weil man wegen der Selbstverständlichkeit des Satzes auf eine ausdrückliche Vorschrift verzichtet hat.

Es ist anzunehmen, daß dem Konkursverwalter nicht nur bei der Liquidation, sondern auch sonst die Mitwirkungsrechte des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung zustehen. Auch bei anderen Arten der Auseinandersetzung bestände die Gefahr, daß der Gemeinschuldner die Interessen der Konkursmasse vernachlässigt. Es müßten daher ganz schwerwiegende Gründe gegen die entsprechende Anwendung des § 146 Abs. 3 HGB. sprechen, um das Mitwirkungsrecht des Konkursverwalters abzulehnen. Solche könnten sich nur daraus ergeben, daß durch die Mitwirkung des Konkursverwalters die Interessen der übrigen Gesellschafter beeinträchtigt würden; denn § 717 S. 1 BGB. ordnet die Unübertragbarkeit der gesellschaftlichen Rechte nur an, damit den übrigen Gesellschaftern nicht ohne ihre Zustimmung gesellschaftsfremde Personen aufgedrängt werden können. Wird aber dieses Interesse der übrigen Gesellschafter vom Gesetz bei der Liquidation nicht berücksichtigt, so kann ihnen auch bei einer anderen Art der Auseinandersetzung ein Zusammenarbeiten mit dem Konkursverwalter zugemutet werden. Scheidet freilich der Gemeinschuldner infolge der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft aus, so ist das Eindringen eines Gesellschaftsfremden in die Gesellschaft schwerwiegender als bei der Liquidation; denn bei dieser geht die Gesellschaft ohnehin ihrem Ende entgegen, während beim Ausscheiden die Gesellschaft fortgeführt wird. Aber auch hier muß das Interesse der übrigen Gesellschafter gegenüber dem Interesse der Konkursmasse zurücktreten. Es ist daher anzunehmen, daß der Konkursverwalter in allen Fällen der Auseinandersetzung die Rechte ausübt, die der Gemeinschuldner hätte. Das wird auch allgemein angenommen, zum Teil unter Hinweis auf § 6 KO.[25]), zum Teil auch mit Recht unter Hinweis auf § 146 Abs. 3 HGB.[26]).

Die Auseinandersetzung findet außerhalb des Konkursverfahrens statt. Der Konkursverwalter übt daher zwar alle Rechte aus, die der Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung hätte; § 16 KO. verleiht ihm aber keine weiteren Rechte. Er hat nicht etwa das Recht, die Teilung des Gesellschaftsvermögens unter Ausschluß der übrigen Gesellschafter selbst durchzuführen. Wenn ihm nicht außerhalb der KO. besondere Befugnisse eingeräumt sind, hat er nur die Rechte des

25) Vgl. Anm. 24.

26) So z. B. Jaeger, KO. § 16 Anm. 9; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 212; Fitting S. 165; ohne nähere Begründung Wolff, § 16, 5; RG. Bd. 42 S. 105; RG. in Gruch. Beitr. 45 S. 621 ff.; JW. 1884 S. 270.

Gemeinschuldners [27]) [28]). Da der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung mitwirkt, hat er auch dessen Pflichten bei der Auseinandersetzung zu erfüllen. Diese Verpflichtungen unterliegen, da die Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens stattfindet, keiner konkursmäßigen Beschränkung. Er dürfte sich nicht weigern, etwa die Tätigkeit als Liquidator aufzunehmen oder bei der Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister mitzuwirken, weil jetzt alle Ansprüche gegen den Gemeinschuldner nur noch konkursmäßig geltend gemacht werden könnten. Er hat bei seiner Tätigkeit als Liquidator im Interesse der Gesellschaft zu handeln. Eine Pflichtverletzung würde nicht nur ihn persönlich gemäß § 82 KO. haftbar machen, sondern auch die Masse. Ein anderes Ergebnis wäre den übrigen Gesellschaftern gegenüber sehr unbillig. Sie könnten sich nicht gegen die Mitwirkung des Konkursverwalters bei der Auseinandersetzung wehren, wären aber nicht in der Lage, ihn zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Diese Pflichten sind als Masseschulden im Sinne des § 59 Z. 2 KO. anzusehen, denn es sind Pflichten aus einem zweiseitigen Vertrag, deren Erfüllung noch nach der Eröffnung des Konkurses (weil außerhalb des Konkursverfahrens) verlangt werden kann. Eine ausdrückliche Anerkennung dieser Pflichten als Masseschulden findet sich nirgends.

Nicht hierher gehören Forderungen der Gesellschaft gegen den Gemeinschuldner, etwa Ansprüche aus Darlehen oder Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung gesellschaftlicher Pflichten. Sie sind zwar Gegenstand der Auseinandersetzung und müssen bei ihr berücksichtigt werden, haben aber mit den Mitwirkungspflichten bei der Auseinandersetzung nichts zu tun.

d) Die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern kann sich nach dem HGB. in zwei grundsätzlich voneinander verschiedenen Formen vollziehen:

1. Durch eine Liquidation oder ein ähnliches Verfahren. In diesem Falle wird das Gesellschaftsvermögen, meist nach Umwandlung in Geld, aus der gesamthänderischen Bindung gelöst und an die Gesellschafter verteilt.

2. Durch eine Auseinandersetzung gemäß den §§ 738 ff. BGB. Hier wird rechnerisch ermittelt, was der Gemeinschuldner zu erhalten hätte, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre, und so der schuldrechtliche Anspruch des Ge-

---

27) Jaeger, KO. § 16 Anm. 9; Wolff, § 16 Anm. 5.

28) Die Ausnahmebestimmung des § 16 Abs. 2 KO. gilt nur für die Gemeinschaft nach Bruchteilen und die Erbengemeinschaft.

meinschuldners gegen die Gesellschaft oder den übernehmenden Gesellschafter auf sein Abfindungsguthaben festgestellt (§ 738 BGB.).

Ausgelöst werden beide Verfahren jeweils durch den Konkurs des Gesellschafters, und zwar wird der gesetzlichen Regel nach das Gesellschaftsvermögen geteilt; denn die Handelsgesellschaft wird nach § 131 Z. 5 HGB. durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst.

Auf die Auflösung folgt gemäß § 145 HGB. regelmäßig die Liquidation, ein Verfahren, in dem zunächst das Gesellschaftsvermögen versilbert und dann auf die Gesellschafter verteilt wird. Aber auch wenn keine Liquidation eintritt, müssen die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern nach der Auflösung gelöst werden, und das kann nur durch irgendeine Teilung des Gesellschaftsvermögens geschehen. (Ueber die Fortsetzung trotz Auflösung siehe unten S. 26 f.)

Nach den §§ 738 ff. BGB. regelt sich die Auseinandersetzung, wenn der Gemeinschuldner infolge seines Konkurses aus der Gesellschaft ausscheidet oder ein anderer Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven übernimmt.

Wann eine Auflösung der Gesellschaft durch den Konkurs eines Gesellschafters in Frage kommt und in welchen Fällen sie vermieden wird, muß genauer untersucht werden.

aa) Gemäß § 131 Z. 5 HGB. wird die OHG. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Dabei ist es gleichgültig, ob die Gesellschaft Vermögen hat oder nicht, gleichgültig auch, ob der Gesellschafter eine Einlage geleistet hat oder nicht, und ob die Beiträge, die der Gemeinschuldner leisten sollte, mit Vermögensopfern verbunden waren. Es genügt, daß der Gemeinschuldner mit anderen einen Gesellschaftsvertrag schloß, um diese Gesellschaft der Auflösung verfallen zu lassen. War das vereinbarte Gesellschaftsverhältnis noch nicht zur Ausführung gekommen, so fallen die Vertragsfolgen fort [29]). Nicht etwa kann der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. die Erfüllung der Beitragspflicht der anderen Gesellschafter verlangen und selbst die Beitragspflichten des Gemeinschuldners erfüllen. Denn insoweit schließt § 131 Z. 5 HGB. die Vorschriften des § 17 KO. aus (§ 25 KO.) [30]). Die gesellschaftlichen Beziehungen sollen gelöst werden und dem würde es widersprechen, wenn ein Gesellschaftsvermögen geschaffen würde.

War die Gesellschaft schon aus einem anderen Grunde aufgelöst, so kann freilich der Konkurs eines Gesellschafters diese Folgen nicht haben, wohl aber treten alle anderen Folgen des Konkurses ein. Insbesondere wirkt nunmehr der Konkursverwalter an Stelle

29) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 204; Staub-Pinner, § 131 Anm. 8; Wieland S. 677; RG. Bd. 39 S. 167 f.

30) Jaeger, KO. § 17 Anm. 1; Mentzel, KO. § 17, 1 d.

des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung mit. Dies gilt auch, wenn über den Nachlaß eines Gesellschafters Konkurs eröffnet wurde. Dann tritt für die Auseinandersetzung der Konkursverwalter an die Stelle des Erben, denn zum Nachlaß gehören gerade die aus der Gesellschafterstellung fließenden Rechte [31]).

bb) Zwingend ist § 131 Z. 5 HGB. nur in folgender Hinsicht. Grundsätzlich ist anzunehmen, daß auch nach eingetretener Auflösung die Fortsetzung der OHG. auf Grund eines dahingehenden Beschlusses der Gesellschafter möglich ist. Dies ist für den Fall, daß der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder eingestellt wird, ausdrücklich durch § 144 HGB. vorgesehen. Eine Fortsetzung der Gesellschaft ist aber auch in anderen Fällen der Auflösung für grundsätzlich zulässig zu halten [32]). Denn die Auflösung als solche bewirkt nur eine Strukturwandlung der Gesellschaft (s. unten S. 29), und es ist daher nicht einzusehen, warum die Gesellschafter, da die Gesellschaft trotz der Auflösung fortbesteht, diese nicht wieder in eine werbende zurückverwandeln könnten. Eine Fortsetzung der Gesellschaft ist jedoch nicht möglich, wenn die Gesellschaft überhaupt beendet, insbesondere die Liquidation abgeschlossen ist [33]). Weiter ist eine Fortsetzung ausgeschlossen, wenn dadurch zwingende Gesetzesvorschriften verletzt würden. Eine solche Vorschrift stellt der § 131 Z. 5 HGB. dar. Die Gesellschaft darf nicht mit dem Gemeinschuldner fortgesetzt werden [34]); denn dessen in der Gesellschaft steckendes Vermögen soll ja realisiert werden, während es in der Gesellschaft gebunden bliebe, wollte man eine Fortsetzung mit dem Gemeinschuldner zulassen. Auch die Zustimmung des Konkursverwalters würde an der Nichtigkeit einer derartigen Abrede nichts ändern. Jede Fortsetzung mit dem Gemeinschuldner würde dem Zweck des § 131 Z. 5 HGB. zuwiderlaufen.

Der Grundsatz, daß eine Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Gemeinschuldner nicht möglich ist, gilt aber nur insofern, als gerade durch den Konkurs die Fortsetzung gehindert wird. Die Beendigung des Konkurses setzt andererseits in der Regel die voll-

31) So Düringer-Hachenburg, § 146 Anm. 3; dagegen Ritter § 146 Anm. 8.

32) Düringer-Hachenburg, Vorbem. v. 131 Anm. 3; Staub-Pinner, § 131 Anm. 2; RG. Bd. 106 S. 63 ff.; dagegen Wimpfheimer S. 126 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 480 N. 3.

33) Düringer-Hachenburg, a. a. O.; Staub-Pinner, a. a. O. Anm. 3, KG. in OLGR. Bd. 6 S. 352 ff.

34) Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 6; Jaeger, KO., 5. Aufl., § 212 Anm. 2; derſ., Konkurs d. OH. S. 177; Wieland S. 672; a. A. Pisko S. 257, Staub-Pinner, § 131 Anm. 19.

ständige Liquidation des Gesellschaftsvermögens voraus. Dann ist eine Fortsetzung deshalb ausgeschlossen, weil das Gesellschaftsverhältnis beendet ist. Wird aber der Konkurs des Gesellschafters vor Beendigung der Gesellschaft, etwa durch Einstellung des Verfahrens oder Zwangsvergleich beendet, so steht einer Fortsetzung der Gesellschaft auch mit dem bisherigen Gemeinschuldner nichts mehr im Wege.

Weiter würde es der zwingenden Natur des § 131 Z. 5 HGB. widersprechen, wenn der Gemeinschuldner in irgendeiner Weise in der Gesellschaft festgehalten würde. Dem Konkursverwalter kann daher im Gesellschaftsvertrag keine Kündigungsfrist bestimmt werden. Auch eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft sich nach Eintritt des Konkurses erst am Schlusse des Geschäftsjahres auflöse, wäre nichtig [35]).

cc) Weiter reicht die zwingende Natur des § 131 Z. 5 HGB. nicht. Vielmehr kann unter bestimmten Voraussetzungen die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt werden, während der Gemeinschuldner aus der Gesellschaft ausscheidet.

α) Dies ist zunächst dann der Fall, wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt werden solle. Der Gesellschafter scheidet dann zu dem Zeitpunkt aus, zu dem die Gesellschaft mangels einer solchen Bestimmung aufgelöst sein würde, also mit der Konkurseröffnung (§ 138 HGB.). Diese Bestimmung im Gesellschaftsvertrage braucht nicht ausdrücklich für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters getroffen zu sein. Es genügt, wenn für den Fall, daß in der Person eines Gesellschafters ein Auflösungsgrund eintreten sollte, bestimmt ist, dieser solle aus der Gesellschaft ausscheiden; denn nach herrschender und richtiger Ansicht ist die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrage das Ausscheiden eines Gesellschafters anzuordnen, nicht auf die in § 138 HGB. aufgezählten Fälle beschränkt [36]). Ist nur für andere Fälle, nicht aber für den Konkursfall das Ausscheiden eines Gesellschafters angeordnet, so ist es Auslegungsfrage, ob auch der Fall des Konkurses darunter verstanden werden soll.

Die Bestimmung über das Ausscheiden braucht auch nicht unbedingt zu sein. Sie kann von der Zustimmung eines Gesellschafters oder von einem nach Konkurseröffnung zu fassenden Mehrheitsbeschlusse abhängig gemacht werden. Nur ist zu beachten, daß mangels eines Beschlusses jeder Gesellschafter ein Recht auf die Liquidation

35) Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 6 u. § 141 Anm. 8; Wieland S. 672.

36) Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 2; Staub-Pinner, Einltg. zu § 138 und Anm. 5; Planck, § 736 Anm. 1; Staudinger, § 736 I, 1; a. A. Oertmann, § 736 Anm. 2b; Brand, § 138, 3a; Makower, § 138 II; Goldmann, § 138 Nr. 3.

hat und die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter bei dieser verlangen kann. Denn diese sind zur Durchführung der Liquidation verpflichtet, wenn sie nicht eine andere Bestimmung treffen. In ihrer Mitwirkung bei der Liquidation läge aber zugleich ein Verzicht auf ihr Recht, die Gesellschaft fortzuführen (s. auch unten S. 26). Der Konkursverwalter kann daher die übrigen Gesellschafter zu einer Entscheidung zwingen, indem er Maßnahmen ergreift, um sie zur Liquidation zu zwingen. Die Gesellschafter können sich der Verpflichtung zur Liquidation nur entziehen, indem sie die Fortführung der Gesellschaft beschließen.

β) Auch wenn der Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden des Gemeinschuldners nicht vorsieht, kann es durch eine Ausschließung gemäß § 141 HGB. herbeigeführt werden. § 141 HGB. verleiht zunächst in Abs. 1 den übrigen Gesellschaftern das Recht, dem kündigenden Privatgläubiger eines Gesellschafters auf Grund eines von ihnen gefaßten Beschlusses zu erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. In diesem Falle scheidet der Gesellschafter, dessen Auseinandersetzungsguthaben gepfändet wurde, mit dem Ende des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft aus (§ 141 Abs. 1 S. 2 HGB.). Der § 141 Abs. 2 HGB. erklärt diese Bestimmung für den Fall des Konkurses eines Gesellschafters mit der Maßgabe für anwendbar, daß die Erklärung dem Konkursverwalter gegenüber zu erfolgen hat, und daß dann der Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt. Das Ausscheiden des Gesellschafters hat daher hier folgende Voraussetzungen: Sämtliche Gesellschafter außer dem Gemeinschuldner müssen dem Konkursverwalter erklären, daß die Gesellschaft unter ihnen fortbestehen solle. Der Beschluß, als rein gesellschaftliche Angelegenheit, braucht nicht erwähnt zu werden. Er braucht auch nicht einstimmig zu sein. Wenn der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall einen Mehrheitsbeschluß zugelassen hat (§ 119 HGB.), so sind auch die überstimmten Gesellschafter verpflichtet, dem Konkursverwalter die Erklärung abzugeben [37]). Ob der Beschluß gültig zustande gekommen ist, braucht der Konkursverwalter nicht zu prüfen, denn er ist eine interne Angelegenheit der Gesellschafter [38]). Er kann jedoch die Rechtsgültigkeit des Beschlusses beanstanden [39]).

Fraglich ist, ob die Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist abgegeben werden muß. Im Falle des § 141 Abs. 1 HGB. endet die Möglichkeit, den Gesellschafter auszuschließen, mit Ablauf des Ge-

37) Düringer-Hachenburg, § 141 Anm. 3.
38) Düringer-Hachenburg, a. a. O.
39) Düringer-Hachenburg, a. a. O.; Staub-Pinner, § 141 Anm. 1a.

schäftsjahres[40]). Zu diesem Zeitpunkt würde die Gesellschaft sonst der Auflösung verfallen. Die Gesellschafter können die Auflösung nur verhindern, indem sie vorher den Gesellschafter, dessen Auseinandersetzungsguthaben gepfändet wurde, ausschließen. Im Falle des Konkurses ist die Gesellschaft ohnehin schon aufgelöst, und da trotzdem die Gesellschafter den Gemeinschuldner noch ausschließen dürfen, kann der Zeitpunkt der Auflösung nicht die zeitliche Grenze für die Abgabe einer Ausschließungserklärung sein. Das Gesetz bestimmt keine zeitlichen Grenzen. Die meisten Schriftsteller nehmen aber an, daß die Gesellschafter verpflichtet sind, die Erklärung alsbald nach der Konkurseröffnung abzugeben: Staub[41]) fordert eine unverzügliche Erklärung, Düringer-Hachenburg[42]) verlangt, die Erklärung dürfe nicht wider Treu und Glauben verzögert werden. Abweichend davon wollen Makower[43]) und Ritter[44]) die Bestimmungen des BGB. über Wahlschulden entsprechend anwenden. Dieser Gedanke ist abzulehnen. In erster Reihe will das Gesetz, daß die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert wird. Den Gesellschaftern ist nur die Möglichkeit gegeben, dies durch die Ausschließung abzuwenden. Die Lage ähnelt daher eher der facultas alternativa für den Schuldner. Bei dieser kann eine Schuld durch Bewirkung einer anderen als der in erster Reihe geschuldeten Leistung erfüllt werden. Bei der Wahlschuld dagegen ist es bis zur Wahl unbestimmt, welche von mehreren verschiedenen Leistungen geschuldet wird. Freilich kann man weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Ausschließung des Gesellschafters als Leistung der übrigen Gesellschafter bezeichnen. Nur aus der Tatsache der Auflösung oder des Ausscheidens erwachsen für diese Pflichten. Die Auflösung hat die Verpflichtung zur Liquidation, das Ausscheiden die Verpflichtung zur Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens zur Folge. Zu vergleichen mit der facultas alternativa ist die Rechtslage daher nur insofern, als kraft Gesetzes in erster Reihe die Auflösung eintritt, die von den Gesellschaftern durch Ausübung des Ausschließungsrechts abgewendet werden kann. Gegen jede Fristbegrenzung spricht sich Brand[45]) aus, da sich eine solche aus dem Gesetz nicht begründen lasse. Er hält die Erklärung während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens für zulässig. Aus einer solchen unbeschränkten Frist würden sich freilich mancherlei Unzuträglichkeiten ergeben.

40) Vgl. Staub-Pinner, § 141 Anm. 1a; Wieland S. 671 Anm. 13.
41) § 141 Anm. 4.
42) § 141 Anm. 7.
43) § 141 Anm. II.
44) § 141 Anm. 2 in der ersten Auflage; anders jetzt § 141 Anm. 4.
45) § 141 Anm. 3b; ebenso Mengering S. 37.

Der Konkursverwalter muß wissen, woran er ist, ob er zur Durchsetzung der Ansprüche des Gemeinschuldners auf das Liquidationsverfahren angewiesen ist, oder ob er einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters hat. Brand [46]) weist aber mit Recht darauf hin, daß der Konkursverwalter es in der Hand hat, eine Entscheidung herbeizuführen. Nach Auflösung der Gesellschaft sind die Gesellschafter verpflichtet, die Liquidation durchzuführen, z. B. die Auflösung und die Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden. Tun sie dies aber, so haben sie damit von ihrer Ausschließungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht, sondern auf sie verzichtet [47]). Diesen Verpflichtungen können sie nur entgehen, indem sie den Gemeinschuldner ausschließen. Ergreift daher der Konkursverwalter Maßnahmen, um die Mitwirkung der Gesellschafter bei der Liquidation zu erzwingen, so zwingt er damit auch die Gesellschafter, sich zu entscheiden; entweder wirken sie bei der Liquidation mit oder sie machen von ihrer Ausschließungsbefugnis Gebrauch. Aber sie können dem Verlangen des Konkursverwalters auf Mitwirkung bei der Liquidation nicht aus dem Grunde widersprechen, daß ihnen noch das Ausschließungsrecht zustehe. Sie können sich der Verpflichtung zur Liquidation nur entziehen, indem sie von ihrem Ausschließungsrecht Gebrauch machen. Die Ansicht Brands führt somit zu einem durchaus sachgemäßen Ergebnis und steht am besten mit dem Gesetz in Einklang: Solange der Konkursverwalter selbst kein Interesse an einer Entscheidung der Gesellschafter hat, brauchen diese sich nicht zu entscheiden.

γ) Das Ausschließungsrecht der Gesellschafter ist, wie eben ausgeführt wurde, insofern beschränkt, als hier die begonnene Liquidation das Ausschließungsrecht beseitigt. Mit Zustimmung des Konkursverwalters dagegen läßt sich die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortsetzen, solange die Liquidation noch nicht beendet ist. Daß eine Fortsetzung grundsätzlich zulässig ist, andererseits eine Fortsetzung mit dem Gemeinschuldner nicht möglich ist, wurde bereits oben (S. 22) ausgeführt. Einer Vereinbarung aber, nach der die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern bei gleichzeitigem Ausscheiden des Gemeinschuldners fortgesetzt wird, steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen. Denn hier erhält die Konkursmasse eine Entschädigung für das in der Gesellschaft steckende Vermögen des Gemeinschuldners. § 131 Z. 5 HGB. hindert daher eine solche Vereinbarung ebensowenig, wie er eine gesellschaftsvertragliche Be-

46) a. a. O.

47) So auch Düringer-Hachenburg, § 141 Anm. 7; Lehmann-Ring, § 141 Nr. 1.

stimmung im Sinne des § 138 HGB. hindert. Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist grundsätzlich dann zulässig, wenn alle Gesellschafter zustimmen [48]), und ein Mitgliederwechsel kann auch noch nach der Liquidation vereinbart werden [49]). Nur muß der Konkursverwalter der Vereinbarung zustimmen [50]); denn er übt jetzt die Rechte des Gemeinschuldners aus und hat, sobald die übrigen Gesellschafter auf ihr Ausschließungsrecht gemäß § 141 HGB. verzichtet haben, ein Recht auf die Liquidation (vgl. auch § 145 Abs. 2 HGB.).

dd) Alles dies über das Ausscheiden des Gemeinschuldners Gesagte gilt nur, soweit außer dem ausscheidenden Gesellschafter noch mehrere Gesellschafter vorhanden sind. Bliebe nach Ausscheiden des einen Gesellschafters nur noch einer übrig, so kann von einem Bestehenbleiben der „Gesellschaft" keine Rede mehr sein. Aber auch in diesem Falle sprechen die gleichen gesetzgeberischen Gründe, die zu den Bestimmungen der §§ 138 und 141 HGB. führten, dafür, dem anderen Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, das Gesellschaftsunternehmen ohne den Gemeinschuldner weiterzuführen und eine Liquidation zu vermeiden. Das durch die §§ 138 und 141 HGB. geschützte Interesse ist nicht so sehr die Gesellschaft als solche, als vielmehr das von ihr geführte Unternehmen, dessen Werte wie Kundschaft, organisierter Gewerbebetrieb, Firma durch die Liquidation in erheblichem Umfang vernichtet würden. Auch die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß volkswirtschaftliche Werte, wie sie ein lebensfähiges Unternehmen darstellt, möglichst erhalten bleiben. Diese gesetzgeberischen Gründe treffen auch dann zu, wenn nur ein Gesellschafter übrig bleibt [51]).

Dieser Sachlage trägt § 142 HGB. für einige Fälle Rechnung. Er gibt demjenigen von zwei Gesellschaftern, dessen Partner in Konkurs gefallen ist, das Recht, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen (§ 142 Abs. 2 und 1 HGB.). § 142 Abs. 3 HGB. bestimmt weiter, auf die Auseinandersetzung sollten die für den Fall des Ausscheidens geltenden Vorschriften Anwendung finden. Dadurch ist einer dem § 141 HGB. entsprechenden Sachlage Rechnung getragen. Außer dem eben erwähnten Fall kann einer von zwei Gesellschaftern nach § 142 HGB. noch in zwei Fällen das Geschäft übernehmen:

1. wenn bei einer größeren Anzahl von Gesellschaftern die Voraussetzungen vorliegen würden, unter denen der andere Gesellschafter ausgeschlossen werden kann (§ 142 Abs. 1 HGB.),

48) Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 2.
49) Staub-Pinner, § 138 Anm. 7; RG. Bd. 106 S. 63 ff.
50) Jaeger, Konkurs der OH. S. 177 f.
51) Vgl. vor allem Breit, JRdsch. 1926 S. 765; Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 1.

2. wenn ein Gläubiger des anderen Gesellschafters von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht (§ 142 Abs. 2 HGB.). Der Wortlaut des § 142 HGB. trifft also nur für Gesellschaften mit zwei Gesellschaftern zu, nicht aber dann, wenn ein Gesellschafter gegenüber allen übrigen ein Recht hätte, sie auszuschließen. Entgegen dem Wortlaut ist aber anzunehmen, daß ein Gesellschafter, der alle übrigen Gesellschafter auszuschließen berechtigt ist, auch berechtigt ist, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen [52]). Weiter läßt § 142 HGB. es offen, ob der Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag zur Uebernahme ermächtigt werden kann. Auch eine solche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ist für zulässig zu halten [53]). Denn § 142 enthält keine Ausnahmebestimmungen, sondern eine Fortentwicklung zum Recht des BGB. für die OHG., deren Vermögen eben geschlossener ist als das einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Er ist daher ausdehnend auszulegen. Es wäre durchaus nicht verständlich, warum einer von drei Gesellschaftern, der an sich seine beiden Mitgesellschafter ausschließen dürfte, etwa weil der eine in Konkurs gefallen ist und der Gläubiger des anderen die Gesellschaft gekündigt hat, nicht die Möglichkeit haben sollte, das Geschäft zu übernehmen, sondern eine Liquidation in Kauf nehmen müßte, während er diese Möglichkeit hätte, wenn nur ein Mitgesellschafter vorhanden wäre.

Gegen eine vereinbarte Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter bestehen grundsätzlich überhaupt keine Bedenken, da hier die anderen Gesellschafter zustimmen, was in den Fällen des § 142 HGB. nicht der Fall zu sein braucht. Fraglich ist nur, ob für die vereinbarte Geschäftsübernahme das Anwachsungsprinzip gilt. Es ist streitig, ob es für die Fälle des § 142 HGB. gilt, ferner aber auch, ob man seine Geltung über die dort aufgezählten Fälle ausdehnen kann (s. darüber unten S. 43 f.). Obligatorisch können die Verhältnisse unter den Gesellschaftern immer so gestaltet werden, daß der eine unter Verzicht auf das eigentliche Gesellschaftsvermögen nur eine Abfindungssumme zu erhalten hat, die nach den Vorschriften der §§ 738—740 BGB. festzustellen ist, eine Vereinbarung, die der des § 138 HGB. bei einer Mehrheit von Gesellschaftern entsprechen würde.

ee) Unter den gleichen Voraussetzungen wie aus der OHG. scheidet auch der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommandit-

---

52) Vgl. vor allem Breit, JRdsch. 1926 S. 761 ff.; Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 3; Staub-Pinner, § 142, Einltg.; anders noch Staub-Pinner, 9. Aufl., § 142.

53) Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 2; RG. Bd. 56 S. 16 ff.; RG. Bd. 65 S. 238 f.; RG. Bd. 68 S. 415, Bd. 87 S. 408 f.; Bd. 107 S. 171 f.; Bd. 111 S. 274 ff.

gesellschaft aus dieser aus. Ist er aber der einzige persönlich haftende Gesellschafter, so kann die Kommanditgesellschaft nur unter den Kommanditisten nicht fortgeführt werden, denn ein persönlich haftender Gesellschafter muß vorhanden sein (§ 161 Abs. 1 HGB.). Sie löst sich daher auf, wenn nicht ein Kommanditist oder ein Dritter die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters annimmt [54]).

Auch die Uebernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven ist unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der OHG. zuzulassen. § 142 Abs. 2 HGB. gibt dem Gesellschafter, wenn dieser nicht schon durch den Gesellschaftsvertrag zur Uebernahme ermächtigt ist, im Gegensatz zu § 142 Abs. 1 HGB. ein unbedingtes Recht auf die Uebernahme. Grundsätzliche Bedenken gegen eine Uebernahme durch den Kommanditisten bestehen nicht [55]). Die Gesellschaft endet dann ohnehin, und der Kommanditist übernimmt auch die Schulden.

6. Die Durchführung der Liquidation und ihrer Abarten.

Haben wir nunmehr festgestellt, wann ein Verfahren stattfindet, das zu einer Verteilung des Gesellschaftsvermögens führt, und wann das Auseinandersetzungsguthaben nur rechnerisch festgestellt wird, so müssen wir nun diese Verfahren näher betrachten, und zwar zunächst das erste.

a) Allgemein kann hierzu folgendes festgestellt werden: Durch die sogenannte Auflösung wird die OHG. nicht beendet. Ueber den Wortlaut des § 730 Abs. 2 S. 1 BGB. hinaus, der nur auf eine Fiktion des Fortbestehens hindeutet, ist vielmehr anzunehmen, daß sie fortbesteht, bis alle gesellschaftlichen Beziehungen gelöst sind, insbesondere kein gemeinsames Vermögen mehr vorhanden ist [56]). Durch die Auflösung ändert sich zunächst nur die Struktur der Gesellschaft, insbesondere dadurch, daß der werbende Zweck der Gesellschaft fortfällt und sich ihr Zweck nunmehr lediglich auf die Lösung der gesellschaftlichen Beziehungen richtet. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Gesellschaft. Ohne zwingende Gründe kann nicht angenommen werden, daß die gesellschaftlichen Beziehungen ohne weiteres aufhören oder eine von der bisherigen Gesellschaft verschiedene Liquidationsgesellschaft an die Stelle der Gesellschaft tritt [57]).

b) Es empfiehlt sich, zunächst die Liquidation zu erörtern, die ja der gesetzlichen Regel nach bei Auflösung der Gesellschaft eintritt.

---

54) Düringer-Hachenburg, § 177 Anm. 11.
55) Düringer-Hachenburg, a. a. O. Anm. 13.
56) Düringer-Hachenburg, Vorbem. z. 4. Titel Anm. 1; Staub-Pinner, § 145 Anm. 3; Neufeld-Schwarz, § 131 Anm. 1; Lastig S. 212.
57) So Gierke, Genossenschaftstheorie S. 488 ff.

aa) Die während der Liquidation zu erfüllenden Aufgaben sind folgende:

1. Die laufenden Geschäfte sind zu beendigen.
2. Die Forderungen sind einzuziehen.
3. Das übrige Vermögen ist zu Gelde zu machen.
4. Die Gläubiger sind zu befriedigen.
5. Gegebenenfalls sind zur Beendigung schwebender Geschäfte neue Geschäfte einzugehen [58]).
6. Die der Gesellschaft von einem Gesellschafter zum Gebrauch überlassenen Gegenstände sind diesem zurückzugeben [59]).
7. Bei Beginn und bei Beendigung der Liquidation ist eine Bilanz aufzustellen [60]).
8. Das nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden verbleibende Vermögen ist nach dem Verhältnis der Kapitalanteile zu verteilen [61]).

Auf die sich bei der Durchführung der Liquidation ergebenden Fragen kann in diesem Zusammenhang nur eingegangen werden, soweit sie für den Konkurs eines Teilhabers von Bedeutung sind.

α) Bei der Einziehung der Forderungen ist es fraglich, wieweit die Forderungen, die der Gesellschaft gegen den Gemeinschuldner zustehen, bei der Auseinandersetzung berücksichtigt werden können. Da die Gesellschaft jedoch insofern Gläubigerin des Gemeinschuldners ist, soll diese Frage im Zusammenhang mit der Behandlung der Konkursgläubiger erörtert werden.

β) Zu den Forderungen der Gesellschaft gehören auch die Ansprüche auf rückständige Einlagen. Mit der Auflösung erlischt die Beitragspflicht grundsätzlich; denn der eigentliche Gesellschaftszweck kann nicht mehr erreicht werden. Zu den Zwecken der Gesellschaft gehört aber noch die Durchführung der Liquidation, insbesondere die Zahlung der Gesellschaftsschulden. Soweit hierzu die Leistung der Einlagen noch erforderlich ist, kann sie auch während der Liquidation verlangt werden [62]).

Hierbei ist jedoch folgendes zu beachten. Der Gesellschaftsvertrag ist nach herrschender Ansicht ein gegenseitiger Vertrag [63]). Der Ge-

---

58) § 149 HGB.
59) § 732 BGB. i. Verbind. mit § 105 Abs. 2 HGB.
60) § 154 HGB.
61) § 155 HGB.
62) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 181, § 149 Anm. 9; Staub-Pinner, § 149 Anm. 6; RG. Bd. 45 S. 155; RG. in JW. 1911 S. 809 Nr. 15.
63) Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 2, Allgem. Einltg. Anm. 42 f.; RG. Bd. 76 S. 270 ff., Bd. 78 S. 303 ff., Bd. 81 S. 303 ff., Bd. 89 S. 335, 398; RG. Bd. 112 S. 283; Enneccerus-Lehmann S. 565; a. A. Wieland S. 464, 466.

sellschafter hat daher gemäß § 320 BGB. die Einrede des nichterfüllten Vertrages, solange auch nur ein Gesellschafter seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat. Diese Einrede kann er sowohl der Gesellschaft als auch der actio pro socio eines einzelnen Gesellschafters gegenüber geltend machen [64]). Hat der Gemeinschuldner seine Beitragspflicht nicht erfüllt, so gilt § 17 KO. Diese Bestimmung wird zwar im übrigen durch die Bestimmungen über Auflösung und Auseinandersetzung ausgeschlossen (§ 25 KO.) [65]). Sie dürfte aber anwendbar sein, wenn sich unerfüllte Leistungspflichten eines anderen Gesellschafters und des Gemeinschuldners gegenüberstehen, die durch die Auflösung nicht oder nicht ganz hinfällig werden. Insofern ist die OHG. auch im Sinne des § 17 KO. als gegenseitiger Vertrag anzusehen. Ist daher der Gemeinschuldner noch zu Beiträgen verpflichtet, so hängt die Leistungsverpflichtung des anderen Teils davon ab, ob der Konkursverwalter die Leistung verlangt (§ 17 KO.). Der Konkursverwalter ist dann freilich verpflichtet, auch seinerseits die Beitragspflicht des Gemeinschuldners insoweit voll zu erfüllen, als es zur Durchführung der Liquidation erforderlich ist (§ 17 KO.).

γ) Bei der Befriedigung der Gläubiger ist der Gemeinschuldner grundsätzlich ebenso wie die übrigen Gesellschafter zu befriedigen. Die Ansprüche des Gemeinschuldners gegen die Gesellschaft werden unten besonders behandelt.

δ) Gegenstände, die dem Gemeinschuldner gehören, sind nicht Bestandteil der Liquidationsmasse. Sie sind es auch dann nicht, wenn der Gemeinschuldner in seinem Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet war, diese Gegenstände als Gesellschaftsvermögen zu behandeln. Hat der Gemeinschuldner z. B. das Eigentum an einem Grundstück auf sich übertragen lassen, so ist er Eigentümer geworden. Es kann aber sein, daß er im Verhältnis zur Gesellschaft verpflichtet ist, dieses Grundstück als Gesellschaftsvermögen zu behandeln. Eine solche Verpflichtung kann sich auf einen Vertrag mit der Gesellschaft gründen. Die Gesellschaft wollte etwa nach außen nicht in Erscheinung treten. Der Gemeinschuldner kann aber auch deshalb verpflichtet sein, das Grundstück als Gesellschaftsvermögen zu behandeln, weil er verpflichtet war, die Gesellschaft zur Eigentümerin zu machen, aber statt dessen selbst Eigentum erworben hat. Besteht eine solche Verpflichtung, so muß der betreffende Gegenstand auch bei der Auseinandersetzung berücksichtigt werden, da er im Innenverhältnis zum

64) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 44; Staub-Pinner, § 109 Anm. 5; ähnlich Enneccerus-Lehmann S. 565, Oertmann, § 705 Anm. 4c ββ; anders Planck, Vorbem. IV, 1 vor § 705; RGR.Kom. § 705 Anm. 4; Knoke S. 43, die § 320 nur bei zwei Gesellschaften anwenden wollen.

65) Jaeger, KO. § 17 Anm. 1; Mentzel § 17 Anm. 1 d.

Gesellschaftsvermögen gehört [66]) (siehe dazu unten S. 76 f.). Nicht aber kann die Leistung des Gegenstandes zur Liquidationsmasse gefordert werden. Es kann auch nicht gefordert werden, daß der Konkursverwalter den Gegenstand dem Gesellschaftsvertrage entsprechend verwerte, insbesondere dabei die übrigen Gesellschafter mitwirken lasse [67]). Zwar treffen den Konkursverwalter die Pflichten, die sich aus seiner Mitwirkung bei der Auseinandersetzung ergeben ohne konkursmäßige Beschränkung (siehe oben S. 20). Hätten aber die übrigen Gesellschafter einen Anspruch darauf, daß der Gegenstand entsprechend dem Gesellschaftsvertrage verwertet werde, so läge darin zugleich ein bedingter Anspruch auf Leistung aus der Masse. Man nehme etwa an, im Gesellschaftsvertrag sei eine bestimmte Person als einziger Liquidator bezeichnet. Der Konkursverwalter wäre dann verpflichtet, einen von diesem Liquidator geschlossenen Vertrag zu erfüllen. Ein solcher Anspruch kann allenfalls als Konkursforderung, nicht aber als Masseanspruch auf Grund des § 16 KO. geltend gemacht werden. Man würde sonst zu ganz unsachgemäßen Ergebnissen kommen. Regelmäßig wird zwar der Konkursmasse, wenn man der Ansicht des RG. folgt, kein Schaden dadurch entstehen, daß der Gegenstand dem Gesellschaftsvertrage gemäß verwertet wird, denn auch das RG. (a. a. O.) gibt dem Konkursverwalter den uneingeschränkten Anspruch auf den Erlös. Wenn aber der Konkursverwalter verpflichtet ist, den Gegenstand entsprechend dem Gesellschaftsvertrage zu verwerten, dann müßte er ihn auch unentgeltlich oder gegen geringes Entgelt veräußern, wenn der Gesellschaftsvertrag das vorsieht. Das wäre aber bei einem zur Masse gehörenden Gegenstand nicht sachgemäß.

ε) Hiervon zu trennen ist der Fall, daß der Gemeinschuldner bezüglich eines wirtschaftlich zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes Treuhänder der Gesellschaft ist. Hier ist die Gesellschaft bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen absonderungsberechtigt. Insbesondere ist es notwendig, daß der Gegenstand zunächst der Gesellschaft gehörte und aus ihrem Vermögen als Treugut in das des Gemeinschuldners übertragen wurde [68]).

ζ) Bei Beginn und Ende der Liquidation ist eine Bilanz aufzustellen (§ 154 HGB.). Aus dieser Bestimmung erwachsen für den Konkurs eines Gesellschafters keine besonderen Probleme.

---

66) Jaeger, KO. § 16 Anm. 1.

67) a. A. RG. in LZ. 1928 Sp. 1330 ff., insbes. Sp. 1333 ff.; RG. in Konkurs u. Treuhandwesen 1935 S. 52 ff, insbes. S. 53.

68) Jaeger, § 43 Anm. 41; RG. Bd. 45 S. 80 ff.

Das sich ergebende Reinvermögen ist nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben, und soweit möglich schon vorher durch Abschlagsverteilung zu verteilen (§ 155 HGB.).

Der Betrag, der dem Gemeinschuldner auf Grund der Schlußbilanz zukommt, gehört zur Konkursmasse. Ist nach der Schlußbilanz sein Kapitalanteil gleich Null oder passiv, so steht ihm ein Anspruch auf einen Teil des Liquidationserlöses nicht zu.

bb) *α*) Die Liquidation erfolgt durch Liquidatoren (§ 146 Abs. 1 HGB.). Sie haben die oben besprochenen Aufgaben zu erfüllen (vgl. §§ 149, 154, 155 HGB.) und haben insoweit Geschäftsführungsmacht. Sie sind jedoch Anordnungen, die die Beteiligten einstimmig beschließen, unterworfen (§ 152 HGB.), sofern sie durch deren Befolgung nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstoßen würden. Beteiligte sind die Gesellschafter, gegebenenfalls auch der Gläubiger eines Gesellschafters, der die Gesellschaft gemäß § 135 HGB. gekündigt hat, und an Stelle des Gemeinschuldners der Konkursverwalter (§ 152 i. Verbdg. mit § 146 Abs. 2 u. 3 HGB.). Innerhalb ihres Geschäftskreises haben die Liquidatoren auch Vertretungsmacht (§ 149 S. 2 HGB.), und zwar nur Gesamtvertretungsmacht (§ 150 HGB.). Der Umfang ihrer Vertretungsmacht kann Dritten gegenüber nicht beschränkt werden (§ 151 HGB.). Nach Beendigung der Liquidation haben sie das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden. Auf Spezialfragen kann hier nicht eingegangen werden, da sie unser Thema nicht unmittelbar berühren.

β) Liquidatoren sind grundsätzlich die Gesellschafter (§ 146 Abs. 1 S. 1 HGB.). An Stelle des Gemeinschuldners ist der Konkursverwalter Liquidator (so ausdrücklich § 146 Abs. 3 HGB.). Aus wichtigen Gründen kann die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren auf Antrag eines gemäß § 146 Abs. 2 u. 3 HGB. Beteiligten durch das Gericht erfolgen (§§ 146 Abs. 2 S. 1 u. 147 HGB.). Durch einstimmigen Beschluß können die Beteiligten die Liquidatoren abberufen (§ 147 HGB.).

γ) Als Liquidator hat der Konkursverwalter alle Rechte und Pflichten, die der Gemeinschuldner haben würde. Er ist in dieser Eigenschaft auch verpflichtet, im Interesse der Gesellschaft zu handeln. Der Anspruch der übrigen Gesellschafter auf Erfüllung seiner Pflichten als Liquidator ist, da die Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt, nicht Konkursforderung, sondern seine Erfüllung kann gegebenenfalls im ordentlichen Prozeß erzwungen werden. Dabei ist es gleichgültig, ob man annimmt, daß der Kon-

kursverwalter kraft seines Amtes Liquidator ist[69]) oder als Vertreter des Gemeinschuldners[70]). Sachlich macht das keinen Unterschied.

Der Konkursverwalter ist nur Liquidator, weil und solange er Konkursverwalter ist[71]). Da er aber als Liquidator im Interesse und für die Gesellschaft zu handeln verpflichtet ist, und diese Verpflichtungen nicht wie andere Verpflichtungen des Gemeinschuldners durch den Konkurs eingeschränkt werden (siehe oben S. 20), hat er eine von seiner sonstigen Stellung als Konkursverwalter unabhängige Stellung. Er ist daher als Liquidator an die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung (§§ 133 und 134 KO.) nicht gebunden. Handelt er als Liquidator im Interesse der Gesellschaft und trifft ihn in dieser Eigenschaft kein Verschulden, so kann ihm sein Verhalten auch von seiten der Konkursgläubiger nicht vorgeworfen werden[72]). Dies gilt freilich nur, soweit er in Erfüllung von Pflichten des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung mitwirkt, nicht aber soweit er Rechte des Gemeinschuldners ausübt oder auf sie verzichtet. Schließt er etwa mit den übrigen Gesellschaftern ein Abkommen über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens, so ist er den Konkursgläubigern gegebenenfalls verantwortlich, auch wenn dieses Abkommen für die Gesellschaft Vorteil hat. Auch dadurch, daß er im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern auf sein Recht zur Mitwirkung bei der Liquidation verzichtet, kann er sich den Konkursgläubigern gegenüber haftbar machen.

δ) Handelt der Konkursverwalter bei einem Rechtsgeschäft auf der einen Seite als Liquidator, also als Vertreter der Gesellschaft, auf der anderen in Ausübung anderer Rechte des Gemeinschuldners, so liegt ein Fall des Selbstkontrahierens vor. Die Gesellschaft will etwa ein zur Konkursmasse gehörendes Grundstück erwerben. Bei dem darüber geschlossenen Kaufvertrag muß der Konkursverwalter sowohl für die Gesellschaft als Liquidator als auch für die Masse handeln. § 181 BGB. muß Anwendung finden, selbst dann, wenn man von der Amtstheorie ausgeht[73]); denn wenn jemand kraft seines Amtes in fremdem Interesse einen Vertrag schließt, ist eine ganz ähnliche Lage gegeben, wie wenn er als Vertreter handelt[74]). Der Konkursverwalter darf daher ein derartiges Rechtsgeschäft nur ab-

69) So Düringer-Hachenburg, § 146 Anm. 3; Ritter, § 146 Anm. 8.
70) So Makower, § 146 Anm. I, a 2; Brand, § 146 Anm. 1 b, bb.
71) Düringer-Hachenburg, § 146 Anm. 3.
72) Wolff, § 16 Anm. 5.
73) Mentzel, § 6 Anm. 6.
74) So für einen ähnlichen Fall RG. Bd. 80 S. 416 ff.

schließen, wenn es lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder wenn es ihm besonders gestattet ist. Ist ein Kaufvertrag gültig abgeschlossen, so kann der Konkursverwalter die Uebereignung vornehmen; denn sie ist ausschließlich Erfüllung einer Verbindlichkeit. Zur Wirksamkeit des Kaufvertrages ist jedoch die Zustimmung desjenigen erforderlich, den die Wirkungen des Vertrages treffen sollen. Daher muß auf der einen Seite der Gemeinschuldner zustimmen, auf der anderen die Gesellschaft (die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit). Der Gemeinschuldner bleibt trotz der Konkurseröffnung geschäftsfähig [75]). Auch stellt seine Zustimmung zu einem Vertrag, durch den er zu einer Leistung verpflichtet wird, keine Verfügung über sein Vermögen dar. § 6 Abs. 1 KO. schließt daher die Wirksamkeit der Zustimmung nicht aus. Soweit der Konkursverwalter bei einem solchen Vertrag als Vertreter des Gemeinschuldners handelt, ist daher dessen Zustimmung erforderlich und genügend [76]). Dieses Ergebnis stellt keine ungebührliche Benachteiligung der Konkursgläubiger dar. Diese sind gegen ein pflichtwidriges Verhalten des Konkursverwalters durch § 82 KO. genügend geschützt. Soweit darüber hinaus die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung gemäß §§ 133/34 KO. einzuholen ist, darf diese selbstverständlich nicht umgangen werden. Trotz ihres Fehlens ist jedoch ein solcher Vertrag wirksam (§ 136 KO.). § 181 BGB. schützt das Interesse eines Vollmachtgebers oder desjenigen, für den ein anderer mit Wirksamkeit für und gegen ihn Erklärungen abgeben kann. Es mag für die Konkursmasse ungünstig sein, daß der Gemeinschuldner dadurch die Möglichkeit erhält, ein an sich für die Masse günstiges Geschäft zu verhindern. Man darf aber deshalb nicht wie Breit (a. a. O.) die Anwendung des § 181 BGB. überhaupt ausschließen; denn man darf dem Gemeinschuldner nicht die Möglichkeit nehmen, ein für die Masse und damit für ihn selbst ungünstiges Geschäft zu verhindern.

Durch einen Pfleger kann die Zustimmung des Gemeinschuldners nicht ersetzt werden. Die Bestellung eines Pflegers ist nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig [77]). Keine von den in den §§ 1909 ff. BGB. aufgezählten Voraussetzungen trifft hier zu.

Auf seiten der Gesellschaft müssen sämtliche Gesellschafter, nicht die Liquidatoren, zustimmen [78]).

Ist dies die grundsätzliche Stellungnahme zur Frage des Selbstkontrahierens des Konkursverwalters, so ist damit die Frage noch

75) Vgl. dazu Jaeger, § 6 Anm. 24.
76) So Jaeger, Lehrbuch S. 28; dagegen Breit, JW. 1916 S. 1081 ff.
77) Vgl. Kipp S. 552; KG. Jur. Rundsch. 1927, Rechtspr. Nr. 1899 Sp. 1223.
78) Düringer-Hachenburg, § 149 Anm. 39; § 150 Anm. 8.

nicht beantwortet, ob die Gesellschafter und der Konkursverwalter nicht die Möglichkeit haben, die Notwendigkeit der Zustimmung des Gemeinschuldners zu vermeiden. Ein Mittel hierzu könnte die Aenderung der Vertretungsmacht der Liquidatoren sein. Diesen könnte etwa statt der regelmäßigen Gesamtvertretungsmacht Einzelvertretungsmacht eingeräumt werden. Dann könnte ein anderer Liquidator mit dem Konkursverwalter den Vertrag abschließen. Diese Möglichkeit wäre um so mehr zu begrüßen, als im vorliegenden Fall die typische Gefahr, der § 181 BGB. begegnen will, nicht vorhanden ist. Der Konkursverwalter ist nicht selbst der Vertragspartner und hat daher auch keine persönlichen Vorteile zu erwarten. Die Aenderung der Vertretungsmacht der Liquidatoren ist Sache der Gesellschafter und damit auch des Konkursverwalters. Wirkt er hierbei mit, so ist es fraglich, ob darin nicht die Erteilung einer Untervollmacht liegt. Ob es aber möglich ist, die Anwendung des § 181 BGB. durch Erteilung einer Untervollmacht zu vermeiden, ist außerordentlich bestritten. Man könnte darin eine Umgehung des § 181 BGB. sehen [79]). Diese Frage braucht hier nicht erörtert zu werden. Es handelt sich nicht um eine Untervollmacht; denn der Konkursverwalter erteilt keine Vollmacht, die einen anderen ermächtigt, ihn als Konkursverwalter zu vertreten, noch auch erteilt er eine Vollmacht, ihn als Liquidator zu vertreten. Vielmehr werden unter seiner Mitwirkung die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft anders geregelt. Das kann keinen Bedenken unterliegen. Gegen ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten des Konkursverwalters und der übrigen Gesellschafter ist der Gemeinschuldner immer noch durch § 826 BGB. geschützt.

ε) Die Geschäftstätigkeit der Liquidatoren beginnt mit der Auflösung der Gesellschaft. Von diesem Zeitpunkt an verlieren die Gesellschafter als solche grundsätzlich das Recht und die Pflicht, die Geschäfte fortzuführen. Ihre Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht erlischt mit der Auflösung.

cc) α) Die Gesellschafter, nicht die Liquidatoren haben die Pflicht, die Auflösung der Gesellschaft, die Personen der Liquidatoren sowie Aenderungen in den Personen der Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden (§§ 143, 148 HGB.). Streitig ist hierbei, ob der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner diese Verpflichtungen zu erfüllen hat [80]) oder ob dieser persönlich dazu verpflichtet ist [81]). Für

79) Vgl. dazu Staudinger, § 181 Anm. 3; Planck, § 181 Anm. 1 d; RG. Bd. 108 S. 405 ff.

80) So Staub-Pinner, § 148 Anm. 3; Brand, § 148 Anm. 2; Makower, § 148 Anm. I b. Für § 148 auch Lehmann-Ring, § 148 Nr. 2.

81) So Düringer-Hachenburg, § 143 Anm. 3; Goldmann, § 148 Nr. 8; Lehmann-Ring, § 143 Nr. 4; Jaeger, KO. § 6 Anm. 37; Cohn, LZ. 1927 Sp. 502 ff.

die letztere Ansicht wird angeführt, daß diese Handlungen keine Verfügungen über die Konkursmasse darstellen und daher nicht durch § 6 KO. gehindert werden. Auch werde der Gemeinschuldner durch den Konkurs in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt, er sei daher sowohl fähig als auch verpflichtet, bei der Anmeldung zum Handelsregister mitzuwirken. Dieser Beweisführung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Stellt auch die Anmeldung zum Handelsregister keine Verfügung über den Anteil des Gemeinschuldners dar, so steht sie doch in engstem Zusammenhang mit der Auseinandersetzung, und die Rechte des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung werden, wie wir oben gesehen haben, durch den Konkursverwalter ausgeübt. Warum hierbei, unbeschadet der fortbestehenden Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Anmeldung zum Handelsregister eine Ausnahme machen sollte, ist nicht einzusehen. Ganz ohne Einfluß auf die Konkursmasse sind auch diese Anmeldungen zum Handelsregister nicht. Es kann nach dem Gesellschaftsvertrag zweifelhaft sein, ob der Konkurs des Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters zur Folge hat, oder wer Liquidator ist. Das Gegebene ist hier, daß diese Fragen zwischen den übrigen Gesellschaftern und dem Konkursverwalter gütlich oder im Wege des Prozesses entschieden werden. Zwar würde der Konkursverwalter wohl auch nach der gegnerischen Ansicht nicht dadurch gebunden sein, daß der Gemeinschuldner in Uebereinstimmung mit den übrigen Gesellschaftern die Auflösung oder sein Ausscheiden zum Handelsregister anmeldet, aber die seiner Ansicht widersprechende Eintragung wäre immerhin geschehen. Andererseits müßte mit der Eintragung auf den Ausgang eines diesbezüglichen Streites zwischen dem Gemeinschuldner und den übrigen Gesellschaftern gewartet werden, auch wenn diese mit dem Konkursverwalter einer Ansicht sind. Weit zweckmäßiger und dem Gesetz entsprechender ist es daher, wenn für die Eintragung zunächst allein der Wille des Konkursverwalters und der übrigen Gesellschafter maßgebend ist.

Wie weit dann der Gemeinschuldner an die Ansicht der übrigen Gesellschafter und des Konkursverwalters gebunden ist, ist eine andere Frage. Kommt es darüber zum Prozeß zwischen dem Konkursverwalter und den übrigen Gesellschaftern (Klage eines Teils auf Mitwirkung bei der Anmeldung der Auflösung oder des Ausscheidens), so wird darin auch für den Gemeinschuldner bindend entschieden; denn es handelt sich um Rechte, die der Konkursverwalter statt des Gemeinschuldners auszuüben befugt ist (siehe oben S. 36). Auch bei einer gütlichen Einigung der Gesellschafter mit dem Konkursverwalter ist zu beachten, daß der Konkursverwalter das Verfügungsrecht über die Masse hat. Soweit die Einigung die Masse be-

trifft, handelt er auch für den Gemeinschuldner bindend. Er kann daher einen Anspruch auf Auflösung anerkennen, auch wenn an sich ein Ausscheiden des Gemeinschuldners eingetreten war und umgekehrt. Gegen ein pflichtwidriges, ihn benachteiligendes Handeln des Konkursverwalters ist der Gemeinschuldner insoweit nur durch § 82 KO. geschützt.

Der Gemeinschuldner ist aber nicht persönlich an ein Abkommen gebunden, durch das der Konkursverwalter vereinbart, die Gesellschaft solle als aufgelöst gelten, während der Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden des Gemeinschuldners anordnet. Vielleicht verspricht eine Liquidation einen größeren Erlös für die Konkursmasse, als das Auseinandersetzungsguthaben beim Ausscheiden betrüge. Dieses kann ja durch den Gesellschaftsvertrag irgendwie beschränkt sein. Dann haftet aber der Gemeinschuldner nicht für die im Liquidationsstadium eingegangenen Verbindlichkeiten. Er würde nur haften, wenn die Auflösung wirklich mit der Konkurseröffnung erfolgt wäre (vgl. dazu unten S. 66 f.); denn der Konkursverwalter kann ihn nur bezüglich der Konkursmasse verpflichten. Der Gemeinschuldner muß dann auch die Möglichkeit haben, sein Ausscheiden sofort ins Handelsregister eintragen zu lassen, denn sonst könnte er es einem gutgläubigen Dritten nicht entgegenhalten (§ 15 HGB.). Die übrigen Gesellschafter sind daher verpflichtet, bei dieser Eintragung mitzuwirken, und er kann sie notfalls im Wege des Prozesses dazu zwingen. Dadurch greift er auch nicht in die Rechte des Konkursverwalters ein. Das Abkommen, nach dem die Gesellschaft als aufgelöst zu behandeln ist, bleibt bestehen, der Konkursverwalter wird Liquidator und statt eines Auseinandersetzungsguthabens kommen die Liquidationsraten zur Konkursmasse. Der einzige Unterschied ist der, daß der Gemeinschuldner persönlich als ausgeschieden anzusehen ist und daher durch Handlungen der Liquidatoren nicht verpflichtet werden kann.

Die sich hier ergebenden Rechtsstreitigkeiten müssen im ordentlichen Verfahren ausgetragen werden, da ja die Auseinandersetzung — und auf diese beziehen sich die Streitigkeiten — außerhalb des Konkursverfahrens stattfindet.

β) Ist auch die Vertretungsmacht der Gesellschafter durch die Auflösung erloschen, so können die im Rahmen ihrer bisherigen Vertretungsmacht von den Gesellschaftern nach der Auflösung vorgenommenen Handlungen dennoch gemäß § 15 HGB. der Gesellschaft gegenüber wirksam sein. Dritte werden in ihrem guten Glauben an das Fortbestehen der Vertretungsmacht in gewissem Umfange durch § 15 HGB. geschützt. Danach kann die Tatsache der Auflösung vor ihrer Eintragung und Bekanntmachung einem Dritten nicht entgegengehalten werden, wenn sie ihm nicht bekannt war (§ 15 Abs. 1

i. Verbdg. mit § 143 HGB.). Nach Eintragung und Bekanntmachung kann sie ihm nur dann nicht entgegengehalten werden, wenn er sie nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte (§ 15 Abs. 2 HGB.). Daß unter diesen Voraussetzungen die Handlungen der übrigen Gesellschafter Dritten gegenüber gültig sind, kann nicht bezweifelt werden. Insbesondere können insoweit die §§ 6, 7 KO. keine Geltung haben; denn das Gesellschaftsvermögen gehört als solches nicht zur Konkursmasse. Daß durch solche Handlungen mittelbar auch der Anteil des Gemeinschuldners eine Aenderung erfährt, kann daran nichts ändern, denn es handelt sich nicht um Verfügungen über den Anteil, sondern um Handlungen, die das Gesellschaftsvermögen betreffen.

Auch Handlungen, die der Gemeinschuldner im Rahmen seiner früheren Vertretungsmacht vornimmt, unterliegen nicht den §§ 6, 7 KO. Sie betreffen ebensowenig wie Handlungen der anderen Gesellschafter die Konkursmasse, sondern das Gesellschaftsvermögen. Man kann dagegen nicht einwenden, der Konkursverwalter übe nunmehr alle Rechte des Gemeinschuldners aus. Die Handlungen der Gesellschafter sind nicht deshalb wirksam, weil sie in Ausübung irgendeines Rechts oder im Rahmen der Vertretungsmacht vorgenommen wurden, sondern weil durch § 15 HGB. Dritte geschützt werden sollen. Handlungen des Konkursverwalters dagegen könnten niemals unter § 15 HGB. fallen, da dieser niemals die Vertretungsmacht eines Gesellschafters hatte. Da ferner der Gemeinschuldner trotz der Konkurseröffnung geschäftsfähig bleibt, kann man seine Handlungen auch nicht wegen mangelnder Bildung eines rechtlich erheblichen Willens nach § 105 BGB. für nichtig halten. Die Entscheidung des RG. (LZ. 1913 Sp. 395 ff.) begründet die Unwirksamkeit von Verfügungen der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen aus den §§ 6, 7 KO. (vgl. Sp. 397 a. a. O.). Dem kann nicht zugestimmt werden. Die §§ 6, 7 KO. gelten nur bezüglich des Anteils am Gesellschaftsvermögen. Die Unwirksamkeit von Verfügungen über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens hat vielmehr darin ihren Grund, daß die Gesellschafter nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nicht mehr die erforderliche Vertretungsmacht haben. Sie können nur noch zusammen mit dem Konkursverwalter handeln.

Ob anzunehmen ist, daß der Dritte die Auflösung kannte, ist Tatfrage. Es genügt noch nicht die Kenntnis des Auflösungsgrundes [82]). Der Gemeinschuldner verliert in jedem Falle mit der Kon-

---

82) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 143 Anm. 8; RG. in JW. 1934 S. 1486 Nr. 5.

kurseröffnung seine Vertretungsmacht. Wenn die Konkurseröffnung die Auflösung nicht zur Folge hatte, scheidet er aus der Gesellschaft aus. Ein Dritter, mit dem der Gemeinschuldner für die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft vornimmt, braucht aber diese Schlußfolgerungen nicht gezogen zu haben, selbst wenn er von der Konkurseröffnung wußte.

γ) Der Gesellschafter hat auch nach der Auflösung der Gesellschaft Geschäftsführungsrecht und -pflicht, soweit er im Rahmen des § 137 HGB. handelt. Gemäß § 137 Abs. 2 i. Verbdg. mit Abs. 1 S. 2 und 3 sind bei Konkurs eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter, nicht der Gemeinschuldner und der Konkursverwalter [83]), verpflichtet, bei Gefahr im Verzuge die von ihnen zu besorgenden Geschäfte fortzuführen, bis anderweit Fürsorge getroffen werden kann, insbesondere bis über die Personen der Liquidatoren Klarheit herrscht. Die Gesellschaft gilt nach § 137 Abs. 1 S. 2 HGB. insoweit als fortbestehend. Die Gesellschafter haben daher, soweit sie noch geschäftsführungsberechtigt und -verpflichtet sind, auch Vertretungsmacht (§ 714 BGB.). Ob es sich hier um ein beschränktes Fortbestehen der bisherigen [84]) oder um eine selbständige Vertretungsmacht [85]) handelt, dürfte praktisch bedeutungslos sein.

δ) Ein Gesellschafter, der die Auflösung durch den Konkurs weder kannte noch kennen mußte, wird durch § 136 HGB. geschützt. Seine Geschäftsführungsmacht gilt zu seinen Gunsten als fortbestehend (§ 136 HGB.). Er ist daher der Gesellschaft gegenüber nicht wegen Ueberschreitung seiner Geschäftsführungsbefugnis schadensersatzpflichtig und hat Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. § 136 HGB. gilt nur zugunsten des Gesellschafters. Unterläßt dieser die Geschäftsführung, obwohl ihm die Auflösung unbekannt war, so kann er gleichwohl nur verantwortlich gemacht werden, wenn er nach § 137 HGB. zum Handeln verpflichtet gewesen wäre. Die Bestimmung des § 136 HGB. verlängert nach herrschender Ansicht nicht die Vertretungsmacht des Gesellschafters [86]). Dritte werden lediglich durch § 15 HGB. geschützt. Mit Recht! § 136 HGB. will nur den Gesellschafter schützen. Ein Dritter, der die Auflösung kannte, und trotzdem mit dem gutgläubigen Gesellschafter ein Rechtsgeschäft vornahm, ist nicht schutzbedürftig.

---

83) Düringer-Hachenburg, § 137 Anm. 9; Staub-Pinner, § 137 Anm. 3.

84) So Lehmann-Ring, § 137 Nr. 2; Neufeld-Schwarz, § 137 Anm. 1.

85) So Düringer-Hachenburg, § 137 Anm. 7; Staub-Pinner, § 137, Einltg.; Ritter, § 137 Anm. 2d.

86) Düringer-Hachenburg, § 136 Anm. 6; Staub-Pinner, § 136 Anm. 2; Ritter, § 136 Anm. 2; Makower, § 136 III; Könige, § 136; Brand, § 136, 5.

c) aa) Von der Liquidation, wie sie der gesetzlichen Regel nach verläuft, kann abgewichen werden; denn die Bestimmungen über die Liquidation sind mit wenigen Ausnahmen nachgiebiges Recht [87]). Nur solche Bestimmungen, die mehr dem öffentlichen Interesse oder dem Schutz Dritter dienen, sind zwingend, sofern sie überhaupt der Sachlage nach angewandt werden können.

Die vereinbarten Abweichungen vom gesetzlichen Verlauf der Liquidation können sehr verschiedener Art sein.

bb) Es kann überhaupt eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart sein [88]), z. B. soll das Gesellschaftsvermögen im ganzen veräußert oder wenigstens der Versuch dazu gemacht werden. Auch bei einer solchen anderen Art der Auseinandersetzung übt der Konkursverwalter die Rechte aus, die der Gemeinschuldner dabei haben würde (s. oben).

cc) Voraussetzung einer derartigen anderen Art der Auseinandersetzung ist eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern (§ 145 Abs. 1 HGB.). Eine solche kann vor Konkurseröffnung getroffen werden. § 145 Abs. 2 HGB. bestimmt jedoch: „Ist die Gesellschaft durch ... Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Konkursverwalters unterbleiben." Es ist zweifelhaft, ob dieser Satz die Bedeutung hat, daß eine andere Art der Auseinandersetzung auch dann von der Zustimmung des Konkursverwalters abhänge, wenn sie schon vor der Konkurseröffnung vereinbart wurde, oder ob er nur dann gilt, wenn die Gesellschafter noch nach der Konkurseröffnung eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren wollen [89]). Der letzteren Ansicht ist zuzustimmen. Ohne zwingende Gründe kann nicht angenommen werden, daß der Konkursverwalter, der grundsätzlich nur in die Rechtsstellung des Gemeinschuldners eintritt, hier eine darüber hinausgehende Macht erhält. Dem Gemeinschulder standen seine Rechte schon vor der Konkurseröffnung in der Weise zu, daß er nur auf die vereinbarte andere Art der Auseinandersetzung, nicht auf Liquidation, Anspruch hatte. Daß der Verwalter andererseits nach Konkurseröffnung zustimmen muß, geht schon daraus hervor, daß er die Rechte des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung wahrnimmt. Durch die

87) Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 6; Staub-Pinner, § 145 Anm. 7.

88) Vgl. hierzu Staub-Pinner, § 145 Anm. 8.

89) So Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 16; Staub-Pinner, § 145 Anm. 17; Neufeld-Schwarz, § 145 Anm. 2; dagegen Lehmann-Ring, § 145 Nr. 3; Brand, § 145 Anm. 2b; Makower, § 145 Anm. III, 3; Goldmann, § 145 Nr. 23; Wieland S. 693 Anm. 9.

Auflösung aber hatte dieser, wie alle anderen Gesellschafter, einen Anspruch auf Liquidation erhalten. Man kann aber daraus, daß dies schon aus anderen gesetzlichen Bestimmungen hervorgeht, nicht folgern, daß § 145 Abs. 2 HGB. eine weitergehende Bedeutung haben müsse. Eine solche Annahme würde auch dem § 138 HGB. widersprechen, der eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages dahin zuläßt, daß statt der Liquidation ein Ausscheiden des Gemeinschuldners stattfinden solle.

dd) Soweit die Liquidation nicht ausgeschlossen ist, steht es den Gesellschaftern frei, die Bestimmungen über die Liquidation zu modifizieren. Sie können andere als die gesetzlich vorgeschriebenen Liquidatoren bestimmen. Sie können diesen die Möglichkeit geben, allein zu handeln. Sie können ferner Bestimmungen darüber treffen, wie das Gesellschaftsvermögen versilbert werden soll. Es steht auch einer Bestimmung nichts entgegen, daß die Aktiven ohne Rücksicht auf bestehende Gesellschaftsschulden verteilt und diese nur rechnerisch berücksichtigt werden sollen. Die Bestimmung, daß die Gläubiger zunächst zu befriedigen sind (§ 149 HGB.) ist eine rein interne Vorschrift. Vereinbart können solche Abweichungen vor und nach Konkurseröffnung werden. Nach der Konkurseröffnung ist selbstverständlich die Zustimmung des Konkursverwalters erforderlich. Sind derartige Vereinbarungen vorher getroffen worden, so muß er sich fügen. Er kann nicht beanspruchen, als Liquidator zu wirken, wenn der Gesellschaftsvertrag gesellschaftsfremde Personen oder bestimmte Gesellschafter als Liquidatoren benennt. Er kann auch in den Gang der Liquidation, wenn ein solcher festgelegt ist, nicht eingreifen.

7. Die Durchführung der Auseinandersetzung bei Ausscheiden des Gemeinschuldners und bei der Geschäftsübernahme.

Eben wurden die Fälle behandelt, in denen, wenn schon nicht immer eine Liquidation, so doch schließlich eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens stattfindet. Wir haben uns nunmehr den Fällen zuzuwenden, in denen die Auseinandersetzung wesentlich rechnerischer Natur ist, d. h. in denen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, die übrigen Gesellschafter oder den andern Gesellschafter einen Abfindungsanspruch in Geld erhält, während das Gesellschaftsvermögen den anderen Teilhabern zukommt. Es sind das die Fälle, in denen der Gesellschafter unter den oben besprochenen Voraussetzungen aus der Gesellschaft ausscheidet, oder ein anderer Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Für die Ausein-

anderſetzung maßgebend ſind hier, da das HGB. keine beſonderen Beſtimmungen trifft, die §§ 738—740 BGB.

a) aa) Das Ausſcheiden des Gemeinſchuldners aus der Geſellſchaft hat kraft Geſetzes eine Aenderung der Rechtszuſtändigkeit zur Folge. Gemäß § 738 BGB. wächſt ſein Anteil am Geſellſchaftsvermögen den übrigen Geſellſchaftern zu. Das bedeutet, daß der Geſellſchafter aus dem Geſamthandsverband ausſcheidet. Das Geſellſchaftsvermögen ſteht ihm nicht mehr in Gemeinſchaft mit den übrigen Geſellſchaftern, ſondern nur noch dieſen gemeinſchaftlich zu. Dieſe Wirkung tritt nach herrſchender Anſicht ſofort mit dem Grund des Ausſcheidens ein[90]). Anderer Anſicht iſt Wieland[91]), der eine Fortdauer des Geſellſchaftsverhältniſſes und damit auch der geſamthänderiſchen Berechtigung am Geſellſchaftsvermögen bis zur Auszahlung des Auseinanderſetzungsguthabens annimmt. Dieſer Auffaſſung kann jedoch nicht gefolgt werden. Aus § 738 Abſ. 1 S. 1 BGB. kann man nicht entnehmen, daß der Anteil den übrigen Geſellſchaftern erſt allmählich zuwachſe. Zudem würden durch eine ſolche Annahme ganz unklare Verhältniſſe geſchaffen und ſie ließe ſich praktiſch nicht durchführen[92]).

Wird der in Konkurs gefallene Geſellſchafter gemäß § 141 HGB. durch die übrigen Geſellſchafter ausgeſchloſſen, ſo gilt er als mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung ausgeſchieden (§ 141 Abſ. 2 HGB.). Dieſe Fiktion hat jedoch nur die Bedeutung, daß der Gemeinſchuldner im Verhältnis zu den übrigen Geſellſchaftern als ausgeſchieden gilt. Dieſer Zeitpunkt iſt für die Auskehrungsbilanz maßgebend. Man kann auch annehmen, daß zu dieſem Zeitpunkt ſein Anteil am Geſellſchaftsvermögen als den übrigen Geſellſchaftern zugewachſen gilt. Dieſe Fiktion ändert nichts daran, daß die Auflöſung bereits erfolgt war, und ſie berührt die realen Wirkungen der einmal erfolgten Auflöſung nicht[93]). Solange die Geſellſchafter den Gemeinſchuldner nicht ausgeſchloſſen hatten, war das Liquidationsſtadium eingetreten, der werbende Zweck fortgefallen, die Vertretungsmacht der Geſellſchafter als Geſellſchafter erloſchen. Der Konkursverwalter war bereits Liquidator. Die Geſellſchafter können dieſe Stellung nur dadurch beſeitigen, daß ſie von ihrem Recht, den Gemeinſchuldner auszuſchließen, Gebrauch machen.

bb) Beſtritten iſt, ob das Anwachſungsprinzip auch dann gilt, wenn einer von zwei Geſellſchaftern nach § 142 HGB. berechtigt iſt, das Geſchäft mit Aktiven und Paſſiven zu übernehmen. Man könnte

90) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 7; Staub-Pinner, § 138 Anm. 3.
91) Wieland S. 718 ff.
92) Düringer-Hachenburg a. a. O.
93) Makower, § 141 Anm. II; Düringer-Hachenburg, § 141 Anm. 6; anders Brand, § 141 Anm. 3d.

annehmen, daß die Anwendung des Anwachsungsprinzips voraussetzt, daß mehrere Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben. Das Gesellschaftsvermögen müßte dann in einzelnen Uebertragungsakten auf den übernehmenden Gesellschafter übertragen werden. Es ist jedoch anzunehmen, daß das Anwachsungsprinzip auch für die Geschäftsübernahme gilt [94]). Es ist nicht einzusehen, warum sich nicht hier wie beim Vorhandensein mehrerer Gesellschafter die Aenderung der Rechtszuständigkeit in der Weise vollziehen könnte, daß die Mitberechtigung des einen Gesellschafters fortfällt. Für diese Folgerung spricht auch der Abs. 3 des § 142 HGB. Dort heißt es: „auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung". Der gesetzgeberische Grund des § 142 HGB. ist der gleiche, wie der für die Bestimmungen, die eine Ausschließung eines Gesellschafters für zulässig erklären: die volkswirtschaftliche Bedeutung der Erhaltung des Unternehmens. Gilt aber das Anwachsungsprinzip auch dann, wenn im Falle der Uebernahmeerklärung nur ein Gesellschafter übrig bleibt, so liegt auch weiterhin kein Grund vor, seine Geltung dann zu verneinen, wenn die Gesellschafter statt der Auflösung die Uebernahme des Gesellschaftsunternehmens durch einen Gesellschafter vereinbaren [95]).

Der Gemeinschuldner verliert daher mit der Konkurseröffnung sowohl dann, wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet, als auch, wenn ein anderer Gesellschafter das Geschäft übernimmt, seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Er ist nicht mehr zur gesamten Hand mitberechtigt.

b) Ist der Name des Gemeinschuldners in der Firma enthalten, so bedarf es zu ihrer Fortführung seiner ausdrücklichen Zustimmung (§ 24 Abs. 2 HGB.). Die Zustimmung des Konkursverwalters ist weder erforderlich, noch genügend. Denn bei diesem Recht des Gemeinschuldners handelt es sich um einen Ausfluß des Namenrechts, das nicht dem Konkursbeschlage unterliegt [96]).

c) Für den Verlust seines Anteils am Gesellschaftsvermögen erhält der Gemeinschuldner einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, das in einer gemäß § 738 BGB. erfolgenden Auseinandersetzung errechnet wird.

---

94) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 2; Makower, § 142 Anm. IV; RG. Bd. 65 S. 237, Bd. 68 S. 410 ff., Bd. 86 S. 65; dagegen Staub-Pinner, 9. Aufl. § 142 Anm. 3 jetzt zweifelnd.

95) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 2; RG. Bd. 65 S. 239, Bd. 68 S. 415 f., Bd. 87 S. 409, Bd. 107 S. 171 f., Bd. 111 S. 274 ff.; dagegen Staub-Pinner, 9. Aufl. § 145 Anm. 9 jetzt ohne Stellungnahme; Makower, § 142 Anm. VI.

96) Vgl. Jaeger, KO. § 1 Anm. 7.

Nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. sind die übrigen Gesellschafter verpflichtet, dem Ausscheidenden dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Um festzustellen, in welcher Höhe der Gemeinschuldner einen Auseinandersetzungsanspruch hat, bedarf es für die OHG. regelmäßig der Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz [97]). Die Auseinandersetzungsbilanz unterscheidet sich grundsätzlich von den sonstigen Bilanzen. Mit den Liquidationsbilanzen hat sie gemeinsam, daß sie im Gegensatz zur Jahresbilanz keine Erfolgsbilanz ist, daß es also nicht wesentlich darauf ankommt, den Gewinn oder Verlust in der seit der letzten Jahresbilanz verflossenen Zeit zu ermitteln. Gemeinsam mit den Liquidationsbilanzen ist ihr ferner, daß die Vermögensgegenstände nach ihrem wahren Wert, nicht nach dem bisherigen Buchwert einzusetzen sind. Aber in der Bewertung zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur Liquidationsbilanz. Muß man bei der Liquidationsbilanz davon ausgehen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände veräußert werden müssen, so ist bei der Auseinandersetzungsbilanz davon auszugehen, daß das Unternehmen der OHG. erhalten bleibt. Es kann daher sein, daß Gegenstände schon deshalb, weil kein Zwang zu baldiger Veräußerung besteht, weiter aber auch, weil der Gebrauchswert für die Gesellschaft ein höherer sein kann, als der Verkaufswert, höher zu bewerten sind, als sie in der Liquidationseröffnungsbilanz zu bewerten wären. Reserven, gleichgültig, ob ein offenes Reservekonto vorhanden ist oder ob sie in erhöhten Abschreibungen bestehen, dürfen nicht in die Auseinandersetzungsbilanz aufgenommen werden [98]); denn der Ausscheidende soll ja seinen Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen ersetzt erhalten. Auch für den sog. Geschäfts- oder Firmenwert ist daher ein entsprechender Posten in die Bilanz einzusetzen, was bei einer normalen Jahresbilanz nicht zulässig wäre. Auf Bewertungsfragen im einzelnen kann hier nicht eingegangen werden, da es sich um allgemeine Fragen handelt [99]). Zu verweisen ist hier auf § 738 Abs. 2 BGB., der bestimmt, daß die Werte erforderlichenfalls durch Schätzung zu ermitteln sind. Entsprechend dem sich aus dem Vergleich der letzten Jahresbilanz mit der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Gewinn oder Verlust ist dann das Kapitalkonto des Ausscheidenden nach den für die Gewinnverteilung

---

97) Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 9; Staub-Pinner, Anhang zu § 141 Anm. 5.

98) Vgl. Schubert S. 70 f.

99) Vgl. dazu Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 10 ff.; Staub-Pinner, Anhang zu § 141 Anm. 5; Ritter, § 138 Anm. 3c, cc.

bzw. Verlusttragung geltenden Grundsätzen richtigzustellen [100]). Ist es aktiv, so besteht in seiner Höhe eine Forderung gegen die Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben. Sie gehört zur Konkursmasse.

d) Die Auseinandersetzungsbilanz wird aufgestellt durch die übrigen Gesellschafter, zusammen mit dem Ausscheidenden. Er hat das Recht und die Pflicht, hierbei mitzuwirken. Dies ist nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt, wird aber allgemein und mit Recht angenommen [101]). Da sich diese Rechte des Gemeinschuldners auf die Auseinandersetzung beziehen, werden sie vom Konkursverwalter ausgeübt.

e) Wie die Vorschriften über die Liquidation, so sind auch diejenigen über die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens nachgiebigen Rechts. Es steht den Gesellschaftern frei, vor Konkurseröffnung andere Grundsätze, als die eben entwickelten, für die Berechnung aufzustellen. Der Ausscheidende darf dadurch auch ungünstiger gestellt werden, als er ohne solche Bestimmungen stände. Seine Vermögensrechte sind dann schon bei Konkurseröffnung nicht so groß wie sonst. So kann der in der letzten Jahresbilanz festgestellte Kapitalanteil für das Auseinandersetzungsguthaben für maßgebend erklärt werden. Dann kommt eine Berücksichtigung der offenen und stillen Reserven sowie des Geschäftswertes nicht in Betracht. Freilich werden die übrigen Gesellschafter, da bei jedem von ihnen ein Grund zum Ausscheiden eintreten kann, es im Falle einer solchen Abrede regelmäßig von sich aus vermeiden, allzu große Reserven zu bilden und so ihren eventuellen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zu klein werden zu lassen. Es kann Ratenzahlung des Auseinandersetzungsguthabens vereinbart sein, um einen allzu plötzlichen und umfangreichen Abfluß flüssiger Mittel aus der Gesellschaft zu verhindern.

Besondere Erwähnung erfordert folgende Vereinbarung. Im Gesellschaftsvertrag ist bestimmt, daß bei Eintritt eines Auflösungsgrundes, sei es in seiner Person oder in der seines Partners, der nachmalige Gemeinschuldner das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen habe [102]). Die vertragschließenden Parteien haben nicht daran gedacht, daß der nachmalige Gemeinschuldner in Konkurs fallen würde. Auch eine solche Abrede muß im Konkurs ihre Gültigkeit behalten, obwohl sie zunächst der ratio legis zu widersprechen scheint, denn von einer Erhaltung des Geschäfts wird, wenn

100) Vgl. Schubert S. 78.

101) Vgl. Schubert S. 82/83 mit Literaturangaben; Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 9; Staub-Pinner, § 141 Anm. 6 (Anhg.).

102) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 142 Anm. 5.

es zur Konkursmasse gezogen wird, meist nicht mehr die Rede sein können. Der Erhaltungszweck wird indessen vom Gesetz dadurch verwirklicht, daß es den Beteiligten gewisse Rechte gibt. Es besteht daher auch kein Grund, der Konkursmasse die wirtschaftlichen Vorteile zu entziehen, die mit der Uebernahme des Geschäfts verbunden sind. Jene Abrede hat oft eine wirtschaftlich berechtigte Grundlage. Vielleicht hat der Partner vertragsgemäß nur Ansprüche in Höhe seines Kapitalanteils in der letzten Jahresbilanz, während für den Konkursverwalter die Aussicht besteht, das Unternehmen im ganzen zu veräußern und damit sogar den Geschäftswert, nicht nur die Reserven, zu realisieren. Das wird insbesondere der Fall sein, wenn dem Gemeinschuldner das Geschäft wirtschaftlich schon hauptsächlich gehört hat, z. B. bei Aufnahme eines Prokuristen in die Firma. Es besteht dann kein Anlaß, der Konkursmasse zu entziehen, was wirtschaftlich dem Gemeinschuldner schon fast allein gehörte.

8. Die Gebundenheit des Konkursverwalters an den Gemeinschuldner beschränkende Abreden.

Im allgemeinen ist der Konkursverwalter an alle den Gemeinschuldner beschränkende Abreden für jede Art der Auseinandersetzung gebunden. Nur soweit die Voraussetzungen der Konkursanfechtung vorliegen, kann der Konkursverwalter von den übrigen Gesellschaftern Befreiung von der Abrede verlangen [103]). Soweit die Voraussetzungen des § 30 KO. vorliegen, fällt darunter jede den Gemeinschuldner beschränkende Abrede, und es ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Im Bereich des § 31 Z. 1 KO. ist es erforderlich, daß der nachmalige Gemeinschuldner in der Absicht handelte, seine Gläubiger zu benachteiligen, weiter aber, daß dem andern Teil, also den übrigen Gesellschaftern, diese Absicht bekannt war. Auf eine Benachteiligungsabsicht kann dann geschlossen werden, wenn die betreffenden Beschränkungen nur für einen in Konkurs gefallenen Gesellschafter vorgesehen sind. Zwingend ist dieser Schluß jedoch nicht [104]). So lassen die oben besprochenen Vorschriften über die Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz oder Ratenzahlung nicht ohne weiteres einen Schluß auf eine benachteiligende Absicht zu. Sie zielen mehr auf die Erleichterung der Auseinandersetzung hin.

Ein Schluß auf die Absicht der Gläubigerbenachteiligung liegt dann fern, wenn die Gesellschafter die Beschränkung und Ver-

103) Düringer-Hachenburg, § 138 Anm. 14c.
104) Düringer-Hachenburg, § 141 Anm. 8.

mögensverluste für jeden Fall des Ausscheidens oder der Auflösung ins Auge gefaßt haben. Hier würden besondere Umstände hinzutreten müssen, die eine Absichtsanfechtung rechtfertigen, z. B., wenn auf Grund der Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners sein Konkurs zu erwarten war und die anderen Gesellschafter dies wußten.

Von den gleichen Erwägungen ist auszugehen, wenn die Beschränkungen zwar nur den Gemeinschuldner, aber diesen für alle möglichen Ausscheidungsgründe treffen sollten. Auch dann kann ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht von der Absicht gesprochen werden, seine Gläubiger zu benachteiligen.

Soweit freilich derartige Beschränkungen des Gemeinschuldners als Verstoß gegen die guten Sitten diesem gegenüber nichtig sind (§ 138 BGB.), gelten sie auch der Konkursmasse gegenüber nicht. Die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, als solche hat nicht die Folge der Nichtigkeit nach § 138 BGB., denn sie ist in den Sonderbestimmungen der §§ 29 ff. KO. geregelt [105]).

9. Die Auseinandersetzung bei gleichzeitigen Konkursen über das Gesellschaftsvermögen.

a) Mit dem Konkurs des Gesellschafters kann ein Konkurs über das Gesellschaftsvermögen zusammentreffen. Ein solcher ist nach § 209 KO. zulässig und hat Zahlungsunfähigkeit zur Voraussetzung. Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurs sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit [106]). Bei einem solchen Zusammentreffen muß man unterscheiden, ob gemäß dem Gesellschaftsvertrag ein auf Teilung des Gesellschaftsvermögens beruhendes Verfahren oder ein Ausscheiden des Gemeinschuldners stattfinden sollte. Ist das erstere der Fall, so kann eine solche Teilung während des Gesellschaftskonkurses nicht stattfinden, denn dieser ergreift das Gesellschaftsvermögen und schließt daher die Liquidation und andere solche Auseinandersetzungsarten aus [107]). Ein Anspruch auf einen Teil des Gesellschaftsvermögens besteht nicht, denn gerade das in der Gesellschaft steckende Vermögen der einzelnen Gesellschafter bildet die Grundlage der Konkursmasse [108]). Eine Liquidation findet nur statt, wenn

105) Vgl. Jaeger, KO. § 29 Anm. 5.

106) Jaeger, 5. Aufl. §§ 209/10 Anm. 10; Mentzel, § 209 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 2.

107) Düringer-Hachenburg, § 145 Anm. 5.

108) Jaeger, KO. § 3 Anm. 6; derf. 5. Aufl. §§ 209/10 Anm. 15; Cosack S. 689.

konkursfreies Vermögen vorhanden ist, der Konkurs nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt wird [109]). Insoweit ist dann auch eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern für zulässig zu halten, aber ohne den selbst in Konkurs geratenen Gesellschafter; denn in dessen Person ist ein in dem oben besprochenen Umfang zwingender Auflösungsgrund eingetreten (vgl. § 144 HGB., s. oben). Es bedarf daher entweder der Zustimmung des Konkursverwalters, oder es müssen die Voraussetzungen des § 141 HGB. vorliegen. Auf die Reihenfolge der Konkurseröffnungen kommt es hierbei nicht an. Ist zunächst über das Vermögen des Gesellschafters Konkurs eröffnet worden und hat daher die Liquidation schon begonnen, so steht der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses gleichwohl nichts entgegen (§ 209 Abs. 2 i. Verbdg. mit § 207 Abs. 2 KO.). Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Gemeinschuldner wird aber auch dann durch den Konkurs des Gesellschafters gehindert, wenn dieser später als der Gesellschaftskonkurs eröffnet wurde. Nur die Folge der Auflösung hat der Konkurs des Gesellschafters nicht, da die Gesellschaft bei seiner Eröffnung schon aufgelöst war. Im übrigen aber muß er die gleichen Rechtswirkungen haben wie sonst.

Die Saldenausgleichung findet nach allgemeinen Regeln statt (s. unten).

b) Scheidet der Gesellschafter infolge seines Konkurses aus der Gesellschaft aus, so ändert der Gesellschaftskonkurs grundsätzlich nichts an der Auseinandersetzung. Geht sein Konkurs voran, so besteht für ihn schon eine Forderung gegen die Gesellschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben. Er ist nicht mehr Gesellschafter. Das Auseinandersetzungsguthaben ist daher Konkursforderung im Konkurs der Gesellschaft [110]).

Wird erst nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses der Privatkonkurs eröffnet, so scheidet der neue Gemeinschuldner aus dem Gesamthandsverbande aus; denn die Gesellschafter sind trotz des Gesellschaftskonkurses Träger des Gesellschaftsvermögens, und einem Ausscheiden aus diesem Verbande steht nichts entgegen. Es muß auch hier durch eine Auseinandersetzungsbilanz festgestellt werden, ob dem Gemeinschuldner ein Auseinandersetzungsguthaben zusteht. Dies ist trotz der Konkurslage durchaus möglich, weil dem aktiven Kapitalanteil des Gemeinschuldners ein größerer passiver Kapitalanteil der anderen Gesellschafter gegenüberstehen kann. Im Konkurs wird dann das vorhandene Vermögen

109) Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 9.

110) Vgl. Jaeger, Konkurs der OHG. S. 97; Jaeger, KO. 5. Aufl. §§ 209/10 Anm. 15; Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 7.

auf die Gläubiger verteilt. Die Gesellschaftsschulden übersteigen dann das Gesellschaftsvermögen, denn die passiven Kapitalanteile der Gesellschafter gehören nicht zum Gesellschaftsvermögen und können nicht eingezogen werden. Durch den Gesellschaftskonkurs wird aber der aktive Kapitalanteil des Gemeinschuldners an sich nicht zerstört. In ihm ist die Summe ausgedrückt, die er bei einer Auflösung der Gesellschaft erhalten würde; denn er hätte dann in dieser Höhe einen Saldenausgleichsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter (s. unten S. 62 f.) [111]). Selbstverständlich muß aber die Tatsache des Gesellschaftskonkurses bei der Bewertung der Aktiven in der Auseinandersetzungsbilanz berücksichtigt werden. Die Auseinandersetzungsforderung ist nicht Konkursforderung im Gesellschaftskonkurs, da sie erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist (§ 3 KO.). Sie kann daher zunächst nur gegen die übrigen Gesellschafter geltend gemacht werden. Nur soweit konkursfreies Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, oder nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses Gesellschaftsvermögen verbleibt, kann sie auch gegen die Gesellschaft durchgesetzt werden.

10. Die Verwertung des Auseinandersetzungsguthabens durch Veräußerung.

Da die Ansprüche auf das, was der Gemeinschuldner auf Grund der Auseinandersetzung zu fordern hat, abtretbar sind (§ 717 S. 2 BGB.), kann der Konkursverwalter das in der Gesellschaft steckende Vermögen des Gemeinschuldners auch in der Weise verwerten, daß er jene Ansprüche für die Masse veräußert [112]). Er hat freilich nach wie vor das Recht und die Pflicht, bei der Auseinandersetzung mit-

---

111) Beispiel: Es besteht eine OHG. zwischen A., B. und C. Diese gerät in Konkurs. Bei Konkurseröffnung hatte A. einen aktiven Kapitalanteil in Höhe von RM. 2000,—, B. und C. einen passiven in Höhe von je RM. 2500,—. Das Gesellschaftsvermögen betrug RM. 2000,—, die Gesellschaftsschulden RM. 5000,—. Jetzt gerät A. in Konkurs und scheidet auf Grund des Gesellschaftsvertrages aus. Er hat jetzt einen Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben in Höhe von RM. 2000,—; denn wäre er nicht ausgeschieden, hätte er einen Saldenausgleichsanspruch in dieser Höhe gehabt. Durch den Konkurs würden die RM. 2000,— Gesellschaftsvermögen auf die Gesellschaftsgläubiger verteilt. Es würden RM. 3000,— Schulden verbleiben. Da der Kapitalanteil des A. mit RM. 2000,— aktiv ist, der der übrigen Gesellschafter mit insgesamt RM. 5000,— passiv, könnte A. von diesen Deckung der restlichen Schulden verlangen und hätte außerdem einen Saldenausgleichsanspruch in Höhe von RM. 2000,—.

112) Vgl. Jaeger, KO. § 16 Anm. 16; Wolff, § 16 Anm. 8.

zuwirken; denn diese Mitwirkungsrechte sind nicht frei übertragbar (§ 717 S. 1 BGB.). Der Konkursverwalter ist hierzu sowohl dem Zessionar verpflichtet, da dieser nicht selbst bei der Auseinandersetzung mitwirken kann, als auch den übrigen Gesellschaftern. Selbstverständlich kann er sich durch Vereinbarung mit dem Zessionar und den Gesellschaftern von diesen Pflichten befreien lassen.

III. Ansprüche gegen die Gesellschaft.

Wir haben soeben gesehen, wie das in der Gesellschaft steckende Vermögen des Gemeinschuldners verwertet werden kann. Daneben können aber noch andere Ansprüche des Gemeinschuldners gegen die Gesellschaft bestehen.

1. Die Ansprüche bei der Auseinandersetzung.

Bei der Auseinandersetzung können sich außer dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben folgende Ansprüche ergeben.

a) Hat der Gemeinschuldner der Gesellschaft einen Gegenstand nur zum Gebrauch überlassen, so hat er einen Anspruch auf Rückgabe dieses Gegenstandes (§ 732 BGB. und § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.). Dieser Anspruch gehört im Sinne von § 717 S. 2 BGB. zu den Ansprüchen auf dasjenige, was dem Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung zukommt. Er gehört daher zur Konkursmasse.

b) Beim Ausscheiden aus der Gesellschaft hat der Gemeinschuldner außer den Ansprüchen, die er bei der Liquidation hat, einen Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB.). Wie weit dieser Anspruch reicht, ob er bestrittene Forderungen umfaßt, und ob er nicht überhaupt als durch stillschweigende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern ausgeschlossen anzusehen ist, kann hier nicht erörtert werden. Soviel dürfte feststehen, daß der Anspruch insoweit gegeben ist, als eine Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters durch einen Gesellschaftsgläubiger unmittelbar bevorsteht, denn im Innenverhältnis treffen die Schulden die Gesellschaft. Der Konkursverwalter kann daher, da er bei der Auseinandersetzung die Rechtsstellung des Gemeinschuldners einnimmt, zum mindesten Befreiung des Gemeinschuldners von den Forderungen verlangen, die von den Gesellschaftsgläubigern im Konkurse angemeldet sind. Es wird im allgemeinen angenommen, daß, wenn der Gemeinschuldner einen Anspruch auf Befreiung von einer Schuld hat, die Zahlung der vollen

Schuldsumme zur Masse beansprucht werden kann, und der Gläubiger der betreffenden Schuld nur das Recht hat, eine Konkursquote zu verlangen [113]). Diese Erwägung mag für die Fälle zutreffen, in denen der Befreiungsverpflichtete nicht zugleich dem Gläubiger des Gemeinschuldners schuldet. Hier aber, wo es sich um Gesellschaftsschulden handelt, die die übrigen Gesellschafter ebenso treffen wie den Gemeinschuldner, wäre es den übrigen Gesellschaftern gegenüber unbillig, wenn sie an die Konkursmasse den vollen Schuldbetrag leisten müßten, während der Gesellschaftsgläubiger nur eine Konkursquote erhält. Sie wären dann gezwungen, da sie ja auch dem Gläubiger schulden, diesen nochmals zu bezahlen. Der Weg, auf dem sie den Gemeinschuldner von seiner Schuld befreien, muß ihnen daher freistehen; denn wenn sie die Gesellschaftsgläubiger befriedigen, so bezahlen sie damit nicht lediglich eine Schuld des Gemeinschuldners, sondern auch eine eigene.

Wird der Gemeinschuldner auf Grund seiner Haftung aus § 128 HGB. von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, dadurch, daß dieser sich am Konkurs beteiligt, so erlangt er einen Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft in Höhe der gezahlten Summe [114]); gewiß haftet der Gemeinschuldner als Gesamtschuldner neben der Gesellschaft, diese hat aber im Innenverhältnis die Schuld zu tragen. Der Anspruch gehört zur Konkursmasse, denn er besteht als bedingter schon bei Konkurseröffnung und wird durch die Zahlung an den Gläubiger unbedingt [115]).

c) Der ausgeschiedene Gesellschafter nimmt ferner am Gewinn oder Verlust der zur Zeit seines Ausscheidens noch schwebenden Geschäfte gemäß § 740 BGB. teil. Die Behandlung der sich aus § 740 BGB. ergebenden Fragen würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, denn sie können sich immer beim Ausscheiden eines Gesellschafters ergeben. Soweit sich aus § 740 BGB. Ansprüche des Gemeinschuldners ergeben, gehören sie zur Konkursmasse. Sie stellen im Sinne von § 717 S. 2 BGB. Ansprüche auf dasjenige dar, was dem Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung zukommt. Der Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft aus § 740 Abs. 2 BGB. wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Er ist ein Anspruch, der sich auf die Auseinandersetzung bezieht.

---

113) Vgl. Jaeger, KO. § 23 Anm. 14; ähnlich Flechtheim, LZ. 1908 Sp. 814 ff.; RG. Bd. 37 S. 93 ff., Bd. 55 S. 86 ff., Bd. 71 S. 363 ff., Bd. 81 S. 250 ff., Bd. 93 S. 212.

114) Vgl. Schubert S. 37.

115) Vgl. Jaeger, KO. § 3 Anm. 24.

2. Sonstige Ansprüche.

Daneben können dem Gemeinschuldner Ansprüche gegen die Gesellschaft zustehen, die mit der Auseinandersetzung als solcher nichts zu tun haben, sondern davon unabhängig sind. Solche Ansprüche können sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen, sie können sich aber auch aus einem unabhängig vom Gesellschaftsverhältnis mit der Gesellschaft geschlossenen Vertrag, etwa Kauf, Miete oder Darlehen, ergeben. Bei sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründenden Ansprüchen kann es sich insbesondere handeln

1. um Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen (§ 110 HGB.),
2. um Ansprüche auf ein dem Gemeinschuldner vertraglich zugesichertes Gehalt,
3. um Ansprüche auf Entnahme und Gewinn im Rahmen des § 122 HGB.

a) Während des Bestehens der Gesellschaft kann ein Gesellschafter solche Ansprüche grundsätzlich wie ein anderer Gläubiger geltend machen. Er braucht sich nicht entgegenhalten zu lassen, daß keine flüssigen Mittel vorhanden sind, oder daß die Zahlung der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereichen würde (Ausnahme § 122 Abs. 1 HGB.). Er kann wegen dieser Ansprüche die Gesellschaft verklagen und in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, auch dann, wenn dadurch die Gesellschaft in Schwierigkeiten geraten sollte und es fraglich wird, ob das Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger ausreicht. Dies ändert sich nach herrschender Ansicht mit dem Eintritt des Liquidationsstadiums [116]). Ein Gesellschafter soll eine Forderung gegen die Gesellschaft jetzt nur noch geltend machen können, wenn er nachweist, daß das Gesellschaftsvermögen zur Deckung aller übrigen Gläubiger ausreiche [117]). Zum mindesten soll er für eine auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründende Forderung Befriedigung nur verlangen können, wenn flüssige Mittel vorhanden seien, hinter den Gesellschaftsgläubigern brauche er jedoch nicht zurückzustehen [118]). Diese Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, denn sie kann bei jeder Liquidation entstehen. Hier genügt die Feststellung, daß eine den Gemeinschuldner treffende Beschränkung in der Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Gesellschaft auch den Konkursverwalter trifft. Dieser kann nicht mehr Rechte geltend machen als der Gemeinschuldner.

---

116) Dagegen Brand, § 149 Anm. 2e; Makower, § 149 Anm. 2d.

117) So RG. Bd. 29 S. 15 ff.; Staub-Pinner, § 149 Anm. 14.

118) So Düringer-Hachenburg, § 149 Anm. 16; Neufeld-Schwarz, § 149 Anm. 5; Ritter, § 149 Anm. 6.

Bei einem Ausscheiden des Gemeinschuldners ist freilich der Konkursverwalter in der Geltendmachung der Ansprüche nicht beschränkt, denn der Gemeinschuldner ist nicht mehr Gesellschafter und daher nicht mehr zur Rücksichtnahme auf die Gesellschaftszwecke verpflichtet.

b) Ein Gesellschafter als Gläubiger hat, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, gemäß der im Innenverhältnis geltenden Vorschrift des § 149 HGB. einen Anspruch darauf, daß vor Verteilung des Vermögens die Gesellschaftsgläubiger, und damit auch er selbst, soweit er Gläubiger ist, befriedigt werden. Der Gesellschafter kann diesen Anspruch auch nur für seine eigene Forderung geltend machen, ohne zugleich die Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zu verlangen. Für den Gemeinschuldner übt der Konkursverwalter dieses Recht aus.

c) Aus den §§ 146 Abs. 3 HGB. und 16 KO. wurde abgeleitet, daß die Mitwirkungsrechte des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung durch den Konkursverwalter ausgeübt werden. Daraus kann aber nicht entnommen werden, daß andere Ansprüche des Gemeinschuldners gegen die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis oder einem davon unabhängigen Rechtsverhältnis zur Konkursmasse gehören (vgl. die Aufzählung dieser Ansprüche oben S. 53). Sie haben mit der Auseinandersetzung als solcher nichts zu tun. Daran ändert nichts, daß sie, soweit sie bei der Liquidation nicht befriedigt werden, bei der Saldenausgleichung zu berücksichtigen sind, und daß man sie bei Ausscheiden des Gesellschafters regelmäßig zugleich mit der Auseinandersetzungsforderung berichtigen wird. Sie können zwar Gegenstand der Auseinandersetzung sein, sind aber nicht Rechte bei der Auseinandersetzung.

aa) Von den Ansprüchen des Gemeinschuldners gegen die Gesellschaft gehört zur Konkursmasse ein Anspruch aus einem vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnis. Er fällt nicht unter § 717 BGB., der nur die Uebertragbarkeit von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis ausschließt. Er ist übertragbar und pfändbar und gehört daher zur Konkursmasse.

Gemäß § 717 S. 2 BGB. übertragbar und damit pfändbar und Konkursbestandteile sind ferner die Ansprüche, die dem Gemeinschuldner aus seiner Geschäftsführung zustehen. Hierunter fallen seine Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen und auf ein vertraglich zugesichertes Gehalt [119]).

Daß der Gehaltsanspruch gemäß § 850 b ZPO. unpfändbar und daher konkursfrei ist, wird in der Regel nicht anzunehmen sein.

119) Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 31.

Zwar können die Regeln des Dienstvertrages auf den Gehaltsanspruch in begrenztem Umfange entsprechend angewendet werden [120]; aber es handelt sich hier nicht um ein Arbeits- oder Dienstverhältnis im eigentlichen Sinne, sondern um eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung. Der Gesellschafter steht regelmäßig nicht in einem abhängigen Dienstverhältnis, sondern ist mit Unternehmer.

Wenn der Gesellschafter auf Grund seiner gesamtschuldnerischen Haftung (§ 128 HGB.) in Anspruch genommen wird, entsteht ein Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft; denn im Innenverhältnis hat die Gesellschaft die Gesellschaftsschuld zu tragen. Obwohl es sich nicht um eine eigentliche Aufwendung im Sinne des § 110 HGB. handelt, da die Schuld nicht freiwillig gezahlt wurde [121], ist dieser Anspruch doch als Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen anzusehen [122]. Daß ein Rückgriffsanspruch auch dann zur Konkursmasse gehört, wenn die Inanspruchnahme des Gemeinschuldners erst während des Konkurses erfolgte, wurde bereits oben dargelegt.

bb) Fraglich ist es, ob die Ansprüche auf Auszahlung, die sich aus § 122 Abs. 1 HGB. ergeben, zur Konkursmasse gehören. Nach § 122 Abs. 1 HGB. hat jeder Gesellschafter die Befugnis, Geldbeträge in Höhe von 4 v. H. seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils zu Lasten desselben zu erheben. Diese Befugnis ist unabhängig davon, ob im letzten Geschäftsjahr Gewinn erzielt wurde oder nicht, oder ob es sogar mit einem Verlust abgeschlossen wurde [123]. Hat es Gewinn gebracht, so kann der Gesellschafter auch den über die 4 v. H. hinausgehenden Betrag seines Gewinnanteils erheben, sofern es nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht. Dieses Recht auf Entnahme ist während der Liquidation ausgeschlossen (§ 155 Abs. 2 S. 3 HGB.). Der vor der Konkurseröffnung festgestellte Gewinn kommt dem Gesellschafter, da er ja dem Kapitalanteil zugeschrieben wurde (§ 120 Abs. 2 HGB.), bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens zugute. Es ist aber nicht unwichtig, zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gewinn oder die entnahmefähigen Gelder noch bar zur Konkursmasse gezogen werden können. Während der Liquidation wird mit einer Verzinsung des in der Gesellschaft steckenden Vermögens häufig nicht mehr zu rechnen sein. Dann ist es günstiger, dieses Vermögen, soweit möglich, sofort zur Konkursmasse zu ziehen.

---

120) Düringer-Hachenburg, § 110 Anm. 15.

121) Düringer-Hachenburg, § 110 Anm. 10.

122) Düringer-Hachenburg, § 110 Anm. 10; Staub-Pinner, § 110 Anm. 3; RG. Bd. 31 S. 141; RG. in JW. 1912 S. 240 Nr. 7.

123) Düringer-Hachenburg, § 122 Anm. 2; Staub-Pinner, § 122 Anm. 2.

Daß ein Gesellschafter Auszahlung des Gewinns auch während der Liquidation verlangen kann, ist dann anzunehmen, wenn schon vor der Auflösung von dem Entnahmerecht Gebrauch gemacht und dadurch ein aktueller Anspruch auf Auszahlung entstanden ist. Ein solcher kommt dann zur Entstehung, wenn der Gesellschafter die Auszahlung verlangt. Damit hat er von seinem Entnahmerecht Gebrauch gemacht, und es besteht nunmehr ein Anspruch auf den verlangten Betrag [124]). Dies dürfte auch dann gelten, wenn der Gesellschafter im Rahmen seines allgemeinen Entnahmerechts ein Auszahlungsverlangen stellt.

Soweit diese sich aus dem Entnahmerecht ergebenden Ansprüche durch den Gewinnanteil gedeckt sind, sind sie gemäß § 717 S. 2 BGB. übertragbar und gehören daher zur Konkursmasse des Einzelgesellschafters, wenn der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung die Auszahlung verlangt hatte. Darüber hinaus wird die Uebertragbarkeit der aus dem Entnahmerecht erwachsenden Ansprüche von der herrschenden Meinung abgelehnt [125]). Man hält die Aufzählung in § 717 S. 2 BGB. für abschließend. Wenn der Gesellschafter ein Auszahlungsverlangen bereits gestellt hat, wird man jedoch die Uebertragbarkeit dieser Ansprüche und ihre Zugehörigkeit zur Konkursmasse anerkennen müssen. Es mag sein, daß vor der Entstehung eines aktuellen Auszahlungsanspruchs diese Ansprüche nicht, wie etwa der Gewinnanspruch, abgetreten werden können. Soweit aber ein Gesellschafter von dem Entnahmerecht Gebrauch gemacht hat, indem er ein Auszahlungsverlangen stellte, kann es der Gesellschaft gleichgültig sein, ob sie an den Gesellschafter oder einen Dritten zahlt. Der Rechtsgedanke des § 717 S. 2 BGB., welcher dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber selbständige Ansprüche von der Unübertragbarkeit ausnehmen will, trifft hier zu. § 717 S. 2 BGB. ist daher entsprechend anzuwenden. Da dem BGB. derartige Ansprüche auf nicht durch Gewinn gedeckte Entnahmen unbekannt sind, konnte es über sie nicht entscheiden.

Auch wenn man dieser von der herrschenden abweichenden Meinung nicht folgt, kann nicht angenommen werden, daß der Gemeinschuldner, da diese Ansprüche unübertragbar sind, noch nach der Konkurseröffnung Auszahlung an sich selber verlangen könne. Könnte der Gemeinschuldner die Auszahlung entgegennehmen, so

---

124) So für den Gewinnanspruch M. Wolff in Ehrenbg. Hdb. IV, 1 S. 20; Düringer-Hachenburg, § 122 Anm. 7.

125) So Düringer-Hachenburg, § 122 Anm. 2; Staub-Pinner, § 109 Anm. 13; RG. Bd. 67 S. 13 ff.; Oertmann, § 717 Anm. 3b; Wieland, S. 553 Anm. 16; a. A. Wieland S. 661 Anm. 13 (für Zinsen); Makower, § 105 Anm. If 2; RG. bei Warn. 1907, Anh. Nr. 1.

würden die an ihn gezahlten Beträge nicht zur Konkursmasse gehören; denn sie wären erst nach der Konkurseröffnung erworben (§ 1 KO.). Die Annahme einer solchen Zahlung wäre aber aus folgenden Gründen unzulässig. Da diese Zahlungen zu Lasten des Kapitalanteils gehen und dieser für das Auseinandersetzungsguthaben maßgebend ist, läge darin eine Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben, und eine solche kann der Gemeinschuldner nicht mehr vornehmen (§ 6 KO.).

Das Entnahmerecht kann auch vertraglich so ausgestaltet sein, daß der Gesellschafter ein Recht auf Entnahme fester Beträge hat. Es ist dann entsprechend dem gesetzlichen Entnahmerecht zu behandeln. Der Unterschied zu dem oben besprochenen Anspruch auf Gehalt ist der, daß die festen Entnahmen zu Lasten des Kapitalkontos gehen [126]), während das Gehalt unter die Unkosten der Gesellschaft fällt.

d) aa) Fällt die Gesellschaft in Konkurs, so sind die Forderungen des Gesellschafters grundsätzlich Konkursforderungen, denn sie sind selbständige Forderungen gegen die Gesellschaft und gehören nicht zum Auseinandersetzungsguthaben, das ja nicht Konkursforderung ist. Der Konkursverwalter im Konkurs des Gesellschafters kann daher sowohl die Ansprüche aus vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnissen [127]), als auch die Ansprüche aus § 110 HGB. [128]) im Gesellschaftskonkurs als Konkursforderung geltend machen. Daß der Gesellschafter in der Geltendmachung seiner Ansprüche während der Liquidation beschränkt ist (s. oben S. 53 ff.), kann ihrer Geltendmachung als Konkursforderungen nicht entgegenstehen. Nimmt man derartige Beschränkungen an, so tut man das, um die übrigen Gesellschafter gegen eine ungünstige Verwertung des Gesellschaftsvermögens zu schützen. Der Gesellschaftskonkurs bringt aber ohnehin Nachteile für die Verwertung des Gesellschaftsvermögens mit sich, die auch dadurch nicht behoben werden können, daß man die Gesellschafter in der Geltendmachung ihrer Forderungen beschränkt. Für solche Beschränkungen ist daher im Gesellschaftskonkurs kein Anlaß. Sie haben nur im Interesse der Gesellschafter, nicht der Gesellschaftsgläubiger ihren Grund. Diese haben nur beim Gesellschaftskonkurs einen Anspruch darauf, daß das Ge-

126) RG., LZ. 1933 Sp. 317 f.

127) So Jaeger, 5. Aufl. §§ 209, 210 Anm. 15; Mentzel, § 209 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 7; Lehmann-Ring, § 144 Nr. 4; Cosack S. 55; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 564 N. 2.

128) So Jaeger a. a. O.; Mentzel a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.; Cosack a. a. O; Wolff, § 209 Anm. 4; Hellmann S. 591; a. A. Gierke a. a. O.; Lehmann-Ring, § 144 Nr. 4.

sellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung verwendet werde. Bei einer normalen Auseinandersetzung haben sie einen solchen Anspruch nicht (vgl. unten S. 65).

Im Gesellschaftskonkurse können nicht geltend gemacht werden Ansprüche auf Gewinn und Entnahme, auch dann nicht, wenn ihre Auszahlung schon vor Konkurseröffnung verlangt war[129]). Da der Gewinn und die entnahmefähigen Gelder bis zu ihrer Auszahlung im Kapitalanteil des Gesellschafters enthalten sind, würde ihre Auszahlung eine Verminderung desselben zur Folge haben. Da der Kapitalanteil jedoch die Beteiligung des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen ausdrückt und somit die Grundlage der Konkursmasse des Gesellschaftskonkurses darstellt, ist eine Verminderung des Kapitalanteils während des Gesellschaftskonkurses nicht zulässig.

Eine Sonderregelung greift für Regreßansprüche wegen bezahlter Gesellschaftsschulden Platz. Diese bestehen, soweit die Gesellschaftsschuld vor der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses gezahlt wurde, ohne Einschränkung. Dies ändert sich mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses. Grundsätzlich kann ein Gläubiger, wenn ihm mehrere Personen nebeneinander auf die gleiche Leistung haften, seine Forderung im Konkurs einer oder mehrerer von ihnen insoweit geltend machen, als sie bei Konkurseröffnung bestand (§ 68 KO.). Leistet also ein anderer Schuldner eine Teilzahlung oder wird im Konkurs eines andern eine Quote gezahlt, so vermindert sich der zu berücksichtigende Forderungsbetrag nicht. Nun haften freilich im vorliegenden Falle nicht zwei Personen nebeneinander, da die Gesellschaft nicht juristische Person ist, sondern es haften die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen und in ihrer Gesamtheit mit dem Gesellschaftsvermögen. § 68 KO. dürfte aber in diesem Fall, da eine Person mit verschiedenen Vermögensmassen haftet, grundsätzlich entsprechend anwendbar sein[130]). Ein Gesellschaftsgläubiger kann daher, wenn er nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses von andern Gesellschaftern Teilzahlungen erhält, im Gesellschaftskonkurs Quoten auf seinen vollen Forderungsbetrag erheben[131]). Da aber die Konkursquote — konkursmäßig — Vollzah-

129) Vgl. Jaeger, 5. Aufl. § 209/10 Anm. 15; Mentzel, § 209 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 7; Staub-Pinner, § 131 Anm. 13; a. A. Wolff, § 209 Anm. 4; Makower, § 124 Anm. II d 5; Wieland S. 554 Anm. 21 (für Zinsen); Hellmann S. 590 f.

130) Vgl. Jaeger, KO. § 68 Anm. 4; derf. 5. Aufl. § 212 Anm. 17; RG. bei Bolze Bd. 16 Nr. 502; OLG. Colmar in OLGR. Bd. 15 S. 253.

131) Abweichend für das frühere Recht Keyßner, ZHR. Bd. 30 S. 344 f.

lung bedeutet[132]), so kann neben der Forderung des Gläubigers ein Rückgriffsanspruch wegen Bezahlung eben dieser Forderung nicht bestehen[133]); denn die Zahlung einer Schuld kann nur einmal aus der Masse verlangt werden. Ein Rückgriffsanspruch besteht nur dann, wenn sich der Gläubiger am Gesellschaftskonkurs nicht beteiligt[134]). In der Regel muß er sich beteiligen, weil die Gläubiger im Privatkonkurse (entgegen § 68 KO.) auf die Geltendmachung ihres Ausfalls im Gesellschaftskonkurse beschränkt sind (§ 212 KO.). § 212 Abs. 3 i. Verbdg. mit § 64 KO. gestattet jedoch dem Gläubiger die Beteiligung am Privatkonkurs auch dann, wenn er auf Befriedigung im Gesellschaftskonkurs verzichtet. Es kann daher vorkommen, daß im Privatkonkurse Konkursquoten gezahlt werden, ohne daß die Forderung im Gesellschaftskonkurse geltend gemacht wurde. Insoweit kann man, auch wenn im allgemeinen eine Rückgriffsforderung des Gesellschafters als Konkursforderung im Gesellschaftskonkurs nicht möglich ist[135]), die Geltendmachung der Rückgriffsforderung als Konkursforderung zulassen; denn die Geltendmachung der Rückgriffsforderung wird nur dadurch ausgeschlossen, daß sich der Hauptgläubiger am Konkurse beteiligt. § 212 KO. beschränkt lediglich die Rechte der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs, er beschränkt aber nicht die Rechte, die nach allgemeinen Regeln zur Privatkonkursmasse gehören.

Einen Masseanspruch im Sinne des § 59 Z. 3 KO. stellt die Rückgriffsforderung nicht dar[136]); denn durch die Zahlung wird die Masse des Gesellschaftskonkurses nicht bereichert. Wenn sich der Gläubiger am Konkurs beteiligte, müßte seine ganze Forderung ebenfalls berücksichtigt werden.

Wenn der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses infolge seines Konkurses ausscheidet, so hat er die gleichen Rechte und keine weitergehenden; denn er hatte bei Konkurseröffnung nur die Rechte eines Gesellschafters. Er kann daher nicht etwa einen Anspruch auf Gewinn geltend machen.

bb) Ist der Gemeinschuldner infolge seines Konkurses vor Eröffnung des Gesellschaftskonkurses aus der Gesellschaft ausgeschie-

132) Jaeger, § 67 Anm. 5; RG. in JW. 1900 S. 184 f.

133) Jaeger, KO. § 67 Anm. 5, § 68 Anm. 9; Mentzel, § 68 Anm. 2; Wolff, § 68 Anm. 5; Kohler, Leitfaden S. 202 f.; RG. Bd. 14 S. 172 ff.; RG. Bd. 42 S. 35 ff.; RG. in JW. 1903 S. 245.

134) Vgl. für den Konkurs mehrerer Gesellschafter Jaeger, 5. Aufl. § 212 Anm. 14.

135) So Jaeger, Konkurs der OHG. S. 182; derf. KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 17; Behrend S. 593; Schubert S. 39 f., für den Ausgeschiedenen.

136) Jaeger, KO. § 68 Anm. 10; Petersen-Kleinfeller, § 68 Anm. 8; Wolff, § 68 Anm. 5.

den, so kann er seine Ansprüche, da er der Gesellschaft jetzt als Dritter gegenübersteht, als Konkursforderungen geltend machen, auch seine Ansprüche auf Gewinn (sogar das Auseinandersetzungsguthaben ist ja Konkursforderung, vgl. oben S. 49).

Rückgriffsforderungen, die nach der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses entstehen, sind jedoch gleichfalls insoweit ausgeschlossen, als sich der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftskonkurs beteiligt; denn der Gemeinschuldner haftet neben der Gesellschaft auf Erfüllung der Schuld und der Gläubiger kann daher seine Forderung in der Höhe geltend machen, wie sie bei Konkurseröffnung bestand. Der Gläubiger kann sich an beiden Konkursen voll beteiligen, denn im Konkurs des ausgeschiedenen Gesellschafters wird er nicht durch § 212 KO. auf seinen Ausfall im Gesellschaftskonkurse beschränkt (s. unten S. 69 f.). Dadurch kann es vorkommen, daß Zahlungen aus der Masse des Gesellschaftskonkurses zur Befriedigung des Gläubigers nicht mehr erforderlich sind. Insoweit kann dann auch ein Rückgriffsanspruch geltend gemacht werden, denn insoweit wird die Forderung — auch konkursmäßig — nicht doppelt befriedigt. Dieser Fall kann einmal eintreten, wenn ein anderer zur Zahlung Verpflichteter, etwa ein nicht selbst in Konkurs gefallener Gesellschafter, die Restforderung des Gläubigers beglichen hat, bevor der Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft eine Quote erhielt. Dann hat sowohl die Konkursmasse des Gesellschafters als auch der andere Gesellschafter eine Konkursforderung in Höhe des gezahlten Betrages. Ferner aber können für die Privatkonkursmasse die auf die Forderung des Gläubigers entfallenden Anteile verlangt werden, wenn dieser durch diese Anteile mehr erhalten würde, als ihm zusteht[137]). Hat etwa der Gläubiger im Privatkonkurs schon eine Dividende von 60% erhalten und kommt dann im Gesellschaftskonkurs eine Dividende von 50% zur Verteilung, so kann der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse nur 40% verlangen. Damit ist er voll befriedigt. Die restlichen 10%, die auf die Forderung entfallen, kann die Privatkonkursmasse beanspruchen.

IV. Die Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter.

Nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber können Ansprüche des Gemeinschuldners bestehen.

137) Jaeger, KO. § 3 Anm. 26a; RG. in LZ. 1908 Sp. 458 f.; Henneberg, LZ. 1911 S. 274; a. A. Lang S. 210, da sich der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung am Konkurs beteilige (S. 210 Anm. 74); hiergegen Henneberg a. a. O. Sp. 275.

1. Die Haftung der übrigen Gesellschafter für Ansprüche gegen die Gesellschaft.

a) Zweifelhaft und im einzelnen bestritten ist es hier, wieweit Ansprüche gegen die Gesellschaft auch schon während der Liquidation, nicht erst auf Grund der Saldenausgleichung, gegen die einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden können. Für lediglich auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Ansprüche ist das freilich durch § 707 BGB. ausgeschlossen; denn während des Bestehens der Gesellschaft können die Gesellschafter zu weiteren Beiträgen als den vereinbarten nicht herangezogen werden. Bestritten ist es jedoch, ob sich der Gesellschafter für Ansprüche, die vom Gesellschaftsverhältnis unabhängig sind, auf § 128 HGB. berufen kann. Weiter ist bestritten, ob er sich auf § 426 BGB. berufen kann, wenn er eine Gesellschaftsschuld bezahlt hat. Dann hätte er einen sofortigen Ausgleichsanspruch gegen seine Mitgesellschafter. Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, diese Fragen zu entscheiden, denn sie entstehen nicht nur, wenn ein Gesellschafter in Konkurs fällt, sondern immer, wenn ein Gesellschafter während der Liquidation einen Anspruch gegen die Gesellschaft geltend machen will [138]). Es genügt daher, festzustellen, daß der Konkursverwalter schon vor der Saldenausgleichung Deckung der Ansprüche des Gemeinschuldners von den übrigen Gesellschaftern verlangen kann, soweit ein Gesellschafter das nach allgemeinen Regeln könnte

b) Scheidet der Gemeinschuldner infolge des Konkurses aus der Gesellschaft aus, so haften ihm für seine Ansprüche gegen die Gesellschaft, insbesondere den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, die übrigen Gesellschafter gemäß § 128 HGB. auch persönlich, denn er steht jetzt der Gesellschaft als Dritter gegenüber [139]). Dies gilt daher auch bezüglich solcher Ansprüche, deren Befriedigung der Gemeinschuldner, während er Gesellschafter war, nur aus dem Gesellschaftsvermögen hätte verlangen können, so die im Auseinandersetzungsguthaben enthaltenen Ansprüche auf Gewinn [140]). Die Anwendung des § 128 HGB. ist hier auch billig; denn da der Gesellschafter ausgeschieden ist, hat er keinen Einfluß mehr darauf, wie das Gesellschaftsvermögen verwaltet wird. Die übrigen Gesellschafter hätten es daher, wenn sie nicht auch persönlich für das Ausein-

138) Vgl. zu diesen Fragen Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 13 ff.; Staub-Pinner, § 128 Anm. 21 ff.

139) Vgl. Planck, § 738 N. 3; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 291; RGRKom. § 738; Knoke S. 131.

140) a. A. Oertmann, § 738 Anm. 1c; hiergegen Planck a. a. O.; Düringer-Hachenburg a. a. O.

anderſetzungsguthaben hafteten, in der Hand, ſeinen Anſpruch zu vereiteln, indem ſie das Geſellſchaftsvermögen unter ſich verteilen.

c) Soweit die perſönliche Haftung für Geſellſchaftsſchulden einem Kommanditiſten gegenüber geltend gemacht werden ſoll, iſt zu beachten, daß dieſer nur bis zur Höhe ſeiner Einlage, und zwar nur ſoweit in Anſpruch genommen werden kann, als dieſe noch nicht an die Geſellſchaft geleiſtet iſt (§ 171 Abſ. 1 HGB.). Der Kommanditiſt kann ſich daher auch von ſeiner perſönlichen Haftung befreien, indem er ſeine Einlage an die Geſellſchaft leiſtet. Dadurch verliert der Anſpruch gegen ihn ſeine Begründung[141]). Auch dann kann der Kommanditiſt vom Konkursverwalter des Privatkonkurſes nicht in Anſpruch genommen werden, wenn ein Konkursverfahren über das Geſellſchaftsvermögen läuft. Dann iſt lediglich der Konkursverwalter im Geſellſchaftskonkurſe zur Einziehung der Einlage befugt (§ 171 Abſ. 2 HGB.).

2. Die Anſprüche auf Grund der Saldenausgleichung.

Dem Gemeinſchuldner kann eine Saldenausgleichsforderung gegen die übrigen Geſellſchafter zuſtehen. Gemäß § 735 S. 1 BGB. haben die Geſellſchafter, ſoweit das Geſellſchaftsvermögen zur Deckung der Schulden und Einlagen nicht ausreicht, für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihres Anteils am Verluſt aufzukommen. Das bedeutet praktiſch, daß diejenigen Geſellſchafter zur Deckung der etwa verbleibenden Schulden bzw. zur Ergänzung der Liquidationsverteilungen, ſoweit ſie zur Deckung der aktiven Kapitalanteile nicht ausreichen, verpflichtet ſind, deren Kapitalanteile in der Schlußbilanz paſſiv ſind. In dieſen paſſiven Kapitalanteilen drückt ſich der Betrag aus, den die Geſellſchafter zur Deckung der aktiven Kapitalanteile und der verbleibenden Schulden beizuſteuern haben. Die Einziehung dieſer Beträge iſt, wenn der Geſellſchaftsvertrag nichts anderes beſtimmt, nicht Sache der Liquidatoren[142]). Ihre Aufgaben ſind mit der Verſilberung des Geſellſchaftsvermögens, Deckung der Geſellſchaftsſchulden und Verteilung des Reinvermögens erfüllt. Die Anſprüche auf Deckung der verbleibenden Schulden und auf Saldenausgleichung ſtehen den Inhabern von aktiven Kapitalkonten gegen die Geſellſchafter mit paſſivem Kapitalkonto unmittelbar zu.

In dem Anſpruch auf Deckung der verbleibenden Schulden kann auch ein Anſpruch des Geſellſchafters ſelbſt enthalten ſein, ſei es ein

141) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 171 Anm. 9bb.

142) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 155 Anm. 12; Staub-Pinner, § 155 Anm. 15 u. 14.

vom Gesellschaftsverhältnis unabhängiger Anspruch gegen die Gesellschaft, ein Ausgleichsanspruch wegen einer bezahlten Gesellschaftsschuld oder ein sonstiger Anspruch gegen die Gesellschaft. Bei der Saldenausgleichung erst zeigt sich, wer endgültig im Innenverhältnis die verbleibenden Schulden zu tragen verpflichtet ist.

Kann der geschuldete Betrag von einem Gesellschafter nicht erlangt werden, so ist der sich hieraus ergebende Verlust auf die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe ihres Verlustanteils zu verteilen (§ 735 S. 2 BGB.).

Ein Anspruch auf Saldenausgleichung besteht nicht gegenüber einem Kommanditisten, der seine Einlage voll geleistet hat, denn dieser nimmt am Verlust nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil (§ 167 Abs. 3 HGB.). Er kann daher zur Saldenausgleichung nur herangezogen werden, soweit sein Kapitalanteil passiv und seine Einlage noch nicht geleistet ist [143]).

Soweit hiernach dem Gemeinschuldner ein Anspruch auf Saldenausgleichung zusteht, gehört dieser zur Konkursmasse und der Konkursverwalter hat bei seiner Feststellung mitzuwirken (§ 717 S. 2; s. oben S. 17 ff.).

3. Die Behandlung von Rückgriffsansprüchen.

Beteiligt sich ein Gläubiger auf Grund des § 128 HGB. am Konkurs, so kann für die Konkursmasse ein Rückgriffsanspruch gegen einen anderen Gesellschafter entstehen. Das ist der Fall, wenn der andere Gesellschafter im Innenverhältnis die Schuld zu tragen hat. Dazu kann er auf Grund der Saldenausgleichung oder deshalb verpflichtet sein, weil er infolge des Ausscheidens des Gemeinschuldners für dessen Ansprüche gegen die Gesellschaft persönlich haftet. Da aber der Gemeinschuldner und die übrigen Gesellschafter Gesamtschuldner sind, so kann dieser Anspruch im Konkurse des anderen Gesellschafters nur geltend gemacht werden, soweit sich der Gläubiger am Konkurse nicht beteiligt oder soweit nach seiner vollen Befriedigung noch Anteile auf seine Forderung entfallen (s. oben S. 58 f.; 60).

Sind mehrere Massen oder noch ein nicht in Konkurs gefallener Gesellschafter rückgriffsberechtigt, so ist der überschießende Betrag nach dem Verhältnis der Rückgriffsforderungen zu teilen [144]).

---

143) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 167 Anm. 4.

144) So Jaeger, KO. § 212 Anm. 16, 5. Aufl.; Lehmann-Ring, § 131 Anm. 5; anders Petersen-Kleinfeller, § 68 Anm. 7, der Verteilung zu gleichen Teilen fordert.

Wenn eine Masse irrtümlich an den Gläubiger eine über seinen Forderungsbetrag hinausgehende Zahlung geleistet hat, erwirbt sie einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) gegen den Gläubiger[145]). Nur zwischen ihr und dem Gläubiger findet eine Vermögensverschiebung statt, auch dann, wenn eine andere Konkursmasse Rückgriffsansprüche gegen ihn hat. Denn sobald der Gläubiger befriedigt ist, entsteht für den Rückgriffsberechtigten ein Anspruch auf Zahlung der überschießenden Anteile (s. oben S. 60). Dieser wird nicht dadurch vernichtet, daß der Anteil irrtümlich noch an den Hauptgläubiger gezahlt wird[146]).

Für die Rückgriffsforderung kann gemäß § 51 KO. ein Absonderungsrecht an dem Anteil des Gemeinschuldners begründet sein (s. darüber unten S. 81 ff.). Dieses wird durch die Beteiligung des Hauptgläubigers am Konkurse nicht berührt; denn insoweit erfolgt die Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4 Abs. 2 KO.). Das wird freilich selten sein. In der Regel ist der Gesellschafter im Innenverhältnis nur dann zur Deckung von Schulden verpflichtet, wenn sein Kapitalanteil passiv war, er also kein Auseinandersetzungsguthaben erhalten hat. Es kann aber sein, daß die Schuld bei der Auseinandersetzung zunächst übersehen wurde und nachträglich festgestellt werden muß, wer sie im Innenverhältnis zu tragen hat.

4. Ansprüche auf Leistung rückständiger Einlagen.

Zur Konkursmasse gehören auch die Ansprüche, die der Gemeinschuldner gegen einen anderen Gesellschafter auf Leistung von Einlagen an die Gesellschaft hat. Diese Ansprüche werden zwar regelmäßig bei der Liquidation durch die Liquidatoren geltend gemacht werden, aber auch der einzelne Gesellschafter kann Leistung an die Gesellschaft verlangen (actio pro socio)[147]). Dieser Anspruch kann freilich während der Liquidation nur noch insoweit geltend gemacht werden, als seine Erfüllung zur Durchführung der Liquidation erforderlich ist (s. oben S. 30). Insoweit aber gehört er auch zu den Rechten, die der Gemeinschuldner bei der Auseinandersetzung hätte und kann daher vom Konkursverwalter geltend gemacht werden[148]).

---

145) Jaeger, KO. § 68 Anm. 8; derf., Konkurs der OHG. S. 184 f.; Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 5.

146) Anders anscheinend Jaeger, KO. § 212 Anm. 16; Lehmann-Ring, § 131 Anm. 5; Motive S. 289.

147) Vgl. Düringer-Hachenburg, Vorbem. v. § 109 Anm. 2.

148) a. A. Jaeger, KO. § 1 Anm. 32.

Daß der Konkursverwalter, wenn er Erfüllung dieser Beitragspflicht fordert, gegebenenfalls dem § 17 KO. unterworfen ist, wurde bereits oben (S. 30 f.) ausgeführt.

Damit sind alle die Konkursmasse betreffenden Fragen erörtert und wir werden uns im folgenden Abschnitt mit den Konkursgläubigern zu beschäftigen haben.

C. Die Konkursgläubiger.

I. Die Privatgläubiger.

Konkursgläubiger sind zunächst die Privatgläubiger des Gesellschafters, d. h. solche, die aus einem vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsgrunde Gläubiger des Gemeinschuldners sind. Sie sind gewöhnliche Konkursgläubiger und können nicht verlangen, daß ihnen Sonderrechte gegenüber den übrigen Gläubigern eingeräumt werden, etwa dahin, daß sie vorzugsweise aus dem Privatvermögen zu befriedigen wären. Andererseits wird ja auch der Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung mit verwendet, indem er zur Konkursmasse gezogen wird.

II. Die Gesellschaftsgläubiger.

1. Im Allgemeinen.

a) Wie die Privatgläubiger sind grundsätzlich die Gesellschaftsgläubiger gewöhnliche Konkursgläubiger; denn der Gemeinschuldner haftet ihnen gemäß § 128 HGB. auch persönlich. Weder haben sie ein Absonderungsrecht [149]) an dem Anteil des Gemeinschuldners, noch dürfen sie einer Teilung des Gesellschaftsvermögens widersprechen, solange sie nicht befriedigt sind [150]). Die Bestimmungen der §§ 149, 155 HGB., nach denen nur das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Gesellschaftsvermögen zu verteilen ist, gelten nur zwischen den Gesellschaftern. Diese können etwas anderes beschließen.

b) Haben aber die Gesellschaftsgläubiger auch keinen Anspruch darauf, daß sie vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens befriedigt

149) Vgl. Jaeger, KO. § 16 Anm. 17; Bleyer, § 16 Anm. 2; a. A. Wolff, KO. § 51 Anm. 1.

150) So Jaeger, KO. § 16 Anm. 17; Wilmowski-Kurlbaum, § 16 Anm. 4; Düringer-Hachenburg, Vorbem. z. 5. Tit. Anm. 6; Bleyer, § 16 Anm. 2; RG. Bd. 42 S. 103 ff.; dagegen wohl Sarwey-Bossert, § 16 Anm. 3.

werden, so steht ihnen doch ein Anspruch gegen die Gesellschaft zu, für den das Gesellschaftsvermögen haftet. Sie können daher die Befriedigung ihrer Ansprüche, soweit Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, ungehindert durch den Konkurs eines Gesellschafters erzwingen; denn das Gesellschaftsvermögen als solches gehört nicht zu dessen Konkursmasse. Der Gesellschafter ist Gemeinschuldner nur als Träger seines Privatvermögens, nicht aber als Träger des Gesellschaftsvermögens. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet wäre. Es kann daher in das Gesellschaftsvermögen ungehindert durch § 14 KO. vollstreckt werden, obwohl der Gemeinschuldner in seiner Eigenschaft als Gesellschafter Vollstreckungsschuldner ist[151]). Gesellschaftsprozesse werden durch seinen Konkurs nicht gemäß § 240 ZPO. unterbrochen[152]). Auch nach der Konkurseröffnung kann die Gesellschaft verklagt werden[153]). Obwohl eine solche Klage sich auch gegen den Gemeinschuldner richtet, gilt § 12 KO. nicht; denn soweit sie Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen, sind die Gesellschaftsgläubiger nicht Konkursgläubiger. Dies findet auch darin seine Begründung, daß § 16 KO. die Auseinandersetzung nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Vorschriften stattfinden läßt. Dann müssen auch die Gesellschaftsgläubiger ihre Befriedigung außerhalb des Konkursverfahrens suchen dürfen, soweit ihnen das nach den für die Auseinandersetzung geltenden Regeln gestattet ist. Nach diesen werden sie aber durch die Auflösung der OHG. und den Eintritt in das Liquidationsstadium an der Geltendmachung ihrer Ansprüche nicht gehindert.

2. Die Behandlung erst während der Liquidation erworbener Forderungen.

Zweifelhaft ist es, wie diejenigen Gesellschaftsgläubiger zu behandeln sind, die erst im Liquidationsstadium Gläubiger der Gesellschaft wurden, insbesondere also diejenigen, mit denen zur Durchführung der Liquidation Verträge geschlossen wurden. Auch sie werden persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners. Gewiß ist dieser an der Durchführung der Liquidation nicht beteiligt. Er ist aber noch Gesellschafter und haftet daher gemäß § 128 HGB. für die Gesellschafts-

151) Jaeger, KO. § 14 Anm. 24/25; Mentzel, § 14 Anm. 3; Wilmowski-Kurlbaum, § 16 Anm. 4; Bleyer, § 16 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 212; Kannengießer, DJZ. 1898 Sp. 141; RG. in Gruch. Beitr. Bd. 45 S. 621 ff.

152) RG. Bd. 34 S. 360 ff.

153) So Bleyer, KO. § 16 Anm. 2; a. A. Jaeger, KO. § 16 Anm. 17.

schulden, also auch für diejenigen Schulden, die die Liquidatoren im Rahmen ihrer Vertretungsmacht für die Gesellschaft eingehen [154]).

Konkursforderungen können derartige Forderungen deshalb nicht sein, weil sie erst nach Konkurseröffnung entstanden sind (§ 3 KO.) [155]).

Masseschulden im Sinne des § 59 Z. 1 KO. sind diese Schulden auch nicht. Freilich wird der Konkursverwalter häufig, da er regelmäßig Liquidator ist und die Liquidatoren Gesamtvertretungsmacht haben, bei der Eingehung dieser Schulden mitwirken. Daraus kann man aber nicht folgern, daß eine Masseschuld entsteht; denn man muß annehmen, daß sich § 59 Z. 1 KO. nur auf solche Geschäfte und Handlungen bezieht, die die Konkursmasse betreffen. Nun gründet sich zwar das Recht des Konkursverwalters zur Vornahme dieser Handlungen auf seine Stellung als Konkursverwalter, die Handlungen beziehen sich aber nicht auf die Konkursmasse, sondern auf das Gesellschaftsvermögen. Sie begründen daher keine Masseschulden [156]).

3. Die Wirkung von Teilzahlungen der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft.

Da die übrigen Gesellschafter neben dem Gemeinschuldner für die Gesellschaftsschulden haften, wird ein Gesellschaftsgläubiger in der Geltendmachung seiner Forderung nicht dadurch beschränkt, daß während des Konkurses ein anderer Gesellschafter eine Teilzahlung leistet, oder im Konkurse eines anderen Gesellschafters eine Konkursquote bezahlt wird. Er kann vielmehr bis zu seiner vollen Befriedigung den Betrag geltend machen, den er bei Eröffnung des Konkurses zu fordern hatte (§ 68 KO.).

Dieser Grundsatz ist auch entsprechend anzuwenden, wenn die Gesellschaft während des Konkurses des Gesellschafters Teilzahlungen leistet. Zwar haftet die Gesellschaft nicht neben den Gesellschaftern, sondern die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit haften mit einer von ihren sonstigen Vermögen getrennten Masse, dem Gesellschaftsvermögen. Der Rechtsgedanke des § 68 KO. trifft jedoch auch hier zu (s. oben S. 58). Die im Konkurse des Gesellschafters zu berücksichtigende Schuldsumme mindert sich daher nicht, wenn wäh-

154) Düringer-Hachenburg, § 156 Anm. 9; vgl. auch Staub-Pinner, § 156 Anm. 20.

155) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 156 Anm. 9.

156) So Düringer-Hachenburg a. a. O.; vgl. auch Jaeger, § 57 Anm. 1a, und RG. Bd. 135 S. 62 ff. dafür, daß Masseschulden im Gesellschaftskonkurs nicht ohne weiteres Masseschulden im Privatkonkurs sind.

rend des Konkurses seitens der Gesellschaft eine Teilzahlung geleistet wird. Nur wenn auch über das Gesellschaftsvermögen Konkurs eröffnet ist, gilt die Sondervorschrift des § 212 KO.

4. Die Beschränkung der Gesellschaftsgläubiger durch § 212 KO.

Beim Zusammentreffen von Gesellschaftskonkurs und Privatkonkurs werden die Gesellschaftsgläubiger bei der Geltendmachung ihrer Forderungen durch § 212 KO. beschränkt. Sie können in diesem Falle im Konkurse des Gesellschafters Befriedigung nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie im Gesellschaftskonkurs keine Befriedigung erhalten haben (§ 212 Abs. 1 KO.) oder in diesem Verfahren auf Befriedigung verzichtet haben (§ 212 Abs. 3 i. Verbdg. mit § 64 KO.).

a) Der gesetzgeberische Grund für diese Bestimmung ist darin zu sehen, daß in diesem Falle das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftsgläubigern unter Ausschluß der Privatgläubiger zugute kommt. Denn eine Liquidation und Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter findet dann nicht statt. Die Lage, in der sich die Gesellschaftsgläubiger befinden, ist daher der eines Absonderungsberechtigten ähnlich. Einem solchen steht zunächst ein Vermögensstück des Gemeinschuldners zur Befriedigung zu. Hier stände der Konkursmasse des Gesellschafters ohne den Gesellschaftskonkurs wenigstens der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zu. Es ist daher billig, daß die Gesellschaftsgläubiger wie Absonderungsberechtigte nur wegen ihres im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfalls im Konkurse des Gesellschafters Befriedigung suchen können.

b) Voraussetzung für die Anwendung des § 212 KO. ist das Zusammentreffen von Gesellschafts- und Privatkonkurs[157]). Ist der Gesellschafts- oder Privatkonkurs schon abgeschlossen, so ist § 212 KO. bei Eröffnung des zweiten Verfahrens nicht anwendbar. Nicht erforderlich ist es aber, daß beide Verfahren gleichzeitig eröffnet werden. Es muß vielmehr grundsätzlich gleichgültig sein, ob zuerst über das Vermögen des Gesellschafters oder über das der Gesellschaft Konkurs eröffnet wurde. Unzweifelhaft ist das, wenn der Gesellschafter infolge seines Konkurses nicht aus der Gesellschaft ausscheidet; denn dann ist der Gemeinschuldner auch bei Eröffnung des Gesellschaftskonkurses noch Mitglied der Gesellschaft, mag sich diese auch schon im Stadium der Liquidation befinden.

---

157) Vgl. Jaeger, 5. Aufl. § 212 Anm. 5; Mentzel, § 212 Anm. 2; Wilmowski-Kuhlbaum, § 212 Anm. 2.

Fällt der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Gesellschaftskonkurses in Konkurs, so steht der Anwendung des § 212 KO. nichts entgegen. Der Gemeinschuldner ist in diesem Falle bei Eröffnung des Gesellschaftskonkurses noch Gesellschafter. Den Gesellschaftsgläubigern steht das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Privatgläubiger zur Verfügung. Ein Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben besteht zum mindesten als Konkursforderung nicht (§ 3 KO.). Der Rechtsgedanke des § 212 KO. paßt daher hier.

Fraglich ist es aber, ob § 212 KO. dann gilt, wenn vor Eröffnung des Gesellschaftskonkurses über das Vermögen des Gesellschafters Konkurs eröffnet wurde, und dieser infolge des Konkurses aus der Gesellschaft ausschied. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Entscheidung der allgemeineren Frage ab, ob der § 212 KO. auf den ausgeschiedenen Gesellschafter Anwendung findet. Das ist grundsätzlich zu verneinen. Es würde weder dem Wortlaut noch dem Sinn dieser Vorschrift entsprechen. Dem Wortlaut deshalb nicht, weil der Ausgeschiedene nicht mehr persönlich haftender Gesellschafter ist. Vielmehr haftet er nur noch für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Schulden der OHG. Nach dem oben erläuterten Sinn der Vorschrift werden die Gesellschaftsgläubiger deshalb durch § 212 KO. beschränkt, weil ihnen das in der Gesellschaft steckende Vermögen unter Ausschluß der Privatgläubiger zur Verfügung steht. Die Privatgläubiger sollen geschützt werden. Dieser Zweckgedanke trifft aber auf den Ausgeschiedenen nicht mehr zu. Entweder hat er schon eine Entschädigung für seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen erhalten, und den Privatgläubigern entgeht daher nichts, oder aber er hat einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben als Konkursforderung. Auch in diesem Falle kommt daher den Privatgläubigern, da das Auseinandersetzungsguthaben zur Konkursmasse gehört, das Gesellschaftsvermögen in gewissem Umfange zugute. Es wäre höchst widersinnig, wollte man die Gesellschaftsgläubiger, mit denen die Konkursmasse des Gesellschafters im Gesellschaftskonkurse wegen der Auseinandersetzungsforderung konkurriert, im Konkurse des Gesellschafters auf ihren Ausfall im Gesellschaftskonkurse beschränken; denn hier ist der Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen nicht Grundlage der Masse des Gesellschaftskonkurses. Aus diesem Grunde ist anzunehmen, daß § 212 KO. im Konkurse des ausgeschiedenen Gesellschafters keine Geltung hat[158]). Gilt dies allgemein für den aus-

158) So Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 11; Schubert S. 101; Mentzel, § 212 Anm. 2; Wolff, § 212 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 144 Nr. 5 Anm. 1; Hinsberg, ZHR. Bd. 46 S. 72 (für Art. 122 ADHGB.); a. A. Jaeger, 5. Aufl. § 212 Anm. 11; Bleyer, § 212 Anm. 2a; Fitting S. 486 N. 22; Seuffert S. 44

geschiedenen Gesellschafter, dann muß es auch gelten, wenn der Gesellschafter durch Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen ausgeschieden ist und später Gesellschaftskonkurs eröffnet wird, mag auch dann praktisch, besonders wenn die Konkurseröffnungen rasch aufeinander folgen, der Unterschied von den anderen Fällen des Zusammentreffens nicht so sehr ins Gewicht fallen. Insbesondere wird dann selten ein Auseinandersetzungsguthaben des Gemeinschuldners bestehen. Aber das ändert nichts daran, daß eben Wortlaut und Sinn des § 212 KO. auf einen ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zutreffen.

c) § 212 KO. ist sinngemäß anwendbar, wenn der Gesellschaftskonkurs durch einen Zwangsvergleich abgeschlossen wird. Dieser mindert nach der Auslegungsregel des § 211 Abs. 2 KO. auch die Schuld der Gesellschafter. Im Konkurse des Gesellschafters erhalten die Gesellschaftsgläubiger daher nur eine Quote auf die Vergleichsrate. Ein Ausfall besteht nur insoweit, als der Zwangsvergleich seitens der Gesellschaft unerfüllt bleibt [159]).

Wird freilich entgegen der Auslegungsregel des § 211 Abs. 2 KO. im Zwangsvergleich bedungen, daß die Gesellschafter für einen höheren Betrag haften sollen als die Gesellschaft, so ist der die Vergleichsrate übersteigende Betrag ohne weiteres als Ausfall im Gesellschaftskonkurs anzusehen; denn insoweit steht es fest, daß der Gläubiger im Gesellschaftskonkurs nicht befriedigt wird [160]).

d) Die Beschränkung des § 212 KO. gilt nur, wenn der Gläubiger lediglich eine Forderung gegen die Gesellschaft im Konkurse des Gesellschafters geltend macht. Haftet ihm dieser für diese Schuld noch aus einem anderen Rechtsgrunde, so gilt § 212 KO. nicht [161]); denn insofern tritt der Gläubiger nicht als Gesellschaftsgläubiger auf. Freilich darf er schon nach allgemeinen Regeln nicht durch Beteiligung an beiden Konkursen mehr erhalten, als seine Forderung beträgt [162]).

e) Liegen die Voraussetzungen des § 212 KO. vor, so können die Gesellschaftsgläubiger im Konkurse des Gesellschafters Befriedigung

---

Nr. 9; Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 1; Hellmann S. 595; Staub-Pinner, § 128 Anm. 5; für Art. 122 ADHGB.: RG. Bd. 35 S. 10 ff.; RG. in JW. 1903 S. 270, 1902 S. 186.

159) Vgl. Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 5; Wilmowski-Kurlbaum, § 212 Anm. 5; Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 4; a. A. Lehmann-Ring, § 144 Nr. 5.

160) Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 5.

161) So Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 12; Wolff, § 212 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 144 Nr. 5; RG. bei Bolze Bd. 16 Nr. 500; a. A. Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 3.

162) Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 12.

nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie im Gesellschaftskonkurs keine Befriedigung erhalten haben (§ 212 Abs. 1 KO.). Sie erhalten eine Konkursquote nur auf den Betrag ihrer Forderung, der im Gesellschaftskonkurse nicht gedeckt wurde [163]). Hatte ein Gläubiger eine Forderung von 1000 RM. gegen die Gesellschaft und erhält er im Konkurs der Gesellschaft 30%, also 300 RM., so kann er im Konkurse des Gesellschafters nur eine Konkursquote auf 700 RM. verlangen. Anderer Ansicht ist Kohler [164]), der dem Gesellschaftsgläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung den Bezug der Quoten auf seinen ganzen Forderungsbetrag gestatten will. Nur dürfe er, soweit er Barzahlungen erhalten hat, im Konkurs des Gesellschafters keine Barzahlung mehr verlangen. Das würde aber, wie Jaeger (a. a. O.) mit Recht bemerkt, auf den selbstverständlichen Satz hinauslaufen, daß er nicht mehr erhalten darf, als seine Forderung beträgt. Es würde auch dem Zweck des § 212 KO. widersprechen. Die Gesellschaftsgläubiger können sich aus dem Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Privatgläubiger befriedigen. Deshalb sollen sie im Privatkonkurs hinter den Privatgläubigern zurücktreten.

f) Die Konkursquote ist im Konkurs des Gesellschafters zunächst auf den vollen Forderungsbetrag zu berechnen und zurückzubehalten, bis der Ausfall feststeht (§ 212 Abs. 2 KO.). Es ist jedoch mit Jaeger [165]) anzunehmen, daß diese Beträge insoweit nicht mehr zurückbehalten zu werden brauchen, als der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs Befriedigung erhalten hat; denn insoweit kann ein Ausfall nicht eintreten. Wird im Gesellschaftskonkurs eine Dividende gezahlt, so braucht der auf die Gläubiger, die im Privatkonkurs ihre Forderungen angemeldet haben, entfallende Betrag nicht mehr zurückbehalten zu werden, auch wenn der Gesamtbetrag, den die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs erhalten werden, noch nicht feststeht.

g) Der Konkursverwalter im Konkurse des Gesellschafters muß sich von Amts wegen darüber unterrichten, welche Beträge die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs erhalten haben [166]); denn die Gesellschaftsgläubiger sind nicht absonderungsberechtigt. Sie sind daher nicht verpflichtet, gemäß § 153 KO. dem Konkursverwalter ihren Ausfall nachzuweisen [167]).

---

163) Vgl. Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 7; Wolff, § 212 Anm. 2; Bleyer, § 212 Anm. 2a; Sarwey-Bossert, § 212 Anm. 3b; Seuffert S. 45.

164) Leitfaden S. 198.

165) Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 5.

166) Vgl. Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 5.

167) So Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 6; Wolff, KO. § 212 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 2.

h) Wieweit für die Forderung ein Stimmrecht ausgeübt werden darf, entscheidet auf den Widerspruch des Verwalters oder eines Konkursgläubigers das Gericht (§ 212 Abs. 3 i. Verbdg. m. § 96 KO.).

i) Auf den Ausfall im Gesellschaftskonkurs ist der Gläubiger insoweit nicht beschränkt, als er dort auf Befriedigung verzichtet (§ 212 Abs. 2 i. Verbdg. m. § 64 KO.).

Zweifelhaft ist es, ob dieser Verzicht einer Form bedarf. Da § 64 KO. eine besondere Form für die Erklärung nicht vorschreibt, kann man annehmen, daß die Verzichtserklärung grundsätzlich formlos ist, der Verzicht also auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann. Es braucht nicht geprüft zu werden, ob das auch dann gilt, wenn der Verzicht auf das Absonderungsrecht als solches einer Form unterliegt; denn für den Verzicht auf Beteiligung am Konkurs ist keine Form vorgeschrieben. Er braucht daher nicht ausdrücklich und unbedingt erklärt zu werden [168]). Freilich kann ein Gesellschaftsgläubiger, solange sein Verzicht von einer Bedingung abhängig ist, nicht Auszahlung einer Konkursquote auf den vollen Betrag seiner Forderung verlangen [169]).

Fraglich ist es auch, wem gegenüber der Verzicht zu erklären ist. Nach § 153 KO. ist anzunehmen, daß der Verzicht grundsätzlich dem Verwalter des Gesellschaftskonkurses gegenüber zu erklären ist. § 153 KO. gilt freilich dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber nicht; denn er ist nicht absonderungsberechtigt (s. oben S. 71). Seine Lage ist der eines Absonderungsberechtigten jedoch insofern ähnlich, als er sich nur voll am Konkurs beteiligen darf, wenn er auf ein Recht verzichtet. Während § 64 KO. dem Absonderungsberechtigten die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurse insoweit gestattet, als er auf sein Absonderungsrecht verzichtet, macht § 153 KO. seine Beteiligung am Konkurse davon abhängig, daß der Verzicht dem Konkursverwalter nachgewiesen wird. Es geht daraus hervor, daß der Konkursverwalter nicht unter allen Umständen Erklärungsempfänger der Verzichtserklärung ist. Freilich wird das regelmäßig der Fall sein. Da ein Absonderungsrecht nur an einem Gegenstand der Konkursmasse bestehen kann (§ 4 Abs. 1 KO.), muß der Verzicht darauf dem Konkursverwalter gegenüber erklärt werden; denn dieser übt gemäß § 6 Abs. 2 KO. die Rechte des Gemeinschuldners aus. Im vorliegenden Falle jedoch liegt überhaupt kein Absonderungsrecht vor, auch ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Der gegebene Empfänger

168) Anders Mengering S. 185 f. Schlüssiges Verhalten genügt auch nach Mentzel, § 64 Anm. 3; RG. Bd. 64 S. 425 ff.; RG. Bd. 77 S. 403 ff.

169) Vgl. Wolff, § 64 Anm. 6.

der Verzichtserklärung ist vielmehr der Konkursverwalter im Gesellschaftskonkurse. Diesem gegenüber ist der Verzicht zu erklären [170]).

Dies geschieht nicht schon dadurch, daß sich der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftskonkurs überhaupt nicht beteiligt. Erst wenn eine Beteiligung am Gesellschaftskonkurse nicht mehr möglich ist, kann man annehmen, daß er darin auf Befriedigung verzichtet habe [171]). Man kann jedoch daraus, daß sich der Gesellschaftsgläubiger überhaupt nicht am Konkurs beteiligte, nicht schließen, daß er nicht wirksam verzichtet habe und daß er sich deshalb dasjenige von seiner im Privatkonkurs angemeldeten Forderung in Abzug bringen lassen müsse, was er im Gesellschaftskonkurs hätte erreichen können [172]). In der Nichtbeteiligung am Gesellschaftskonkurse ist seine Erklärung zu sehen, daß er auf Befriedigung im Gesellschaftskonkurse verzichten wolle. Eine andere Auffassung würde dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber unbillig sein; denn auch seine Nichtbeteiligung kommt den Gläubigern des Privatkonkurses zugute, da die übrigen Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs einen geringeren Ausfall erleiden.

Für bedeutungslos ist auch die Verzichtserklärung eines Gesellschaftsgläubigers dem Konkursverwalter des Privatkonkurses gegenüber nicht zu halten. Stellt sie auch für sich noch keinen Verzicht auf die Beteiligung am Gesellschaftskonkurse dar, so ist sie doch dahin auszulegen, daß sich der Gläubiger verpflichtet, im Gesellschaftskonkurse auf Befriedigung zu verzichten; denn einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung in einem solchen Verzicht steht nichts im Wege. Der Konkursverwalter des Gesellschaftskonkurses hat ein Interesse an diesem Verzicht; denn, wenn sich weniger Gläubiger am Gesellschaftskonkurs beteiligen, so wird ihr Ausfall geringer. Im Privatkonkurs sind daher auch weniger Forderungen zu berücksichtigen.

Der Gesellschaftsgläubiger hat eine ähnliche Stellung wie ein Absonderungsberechtigter. Man wird daher sein Verhalten regelmäßig dann als Verzichtserklärung ansehen können, wenn man bei einem gleichen Verhalten des Absonderungsberechtigten dessen Verzicht auf sein Absonderungsrecht annehmen würde. Eine Verzichtserklärung des Gläubigers wird daher nicht schon dann anzunehmen sein, wenn er seine Forderung im Privatkonkurse anmeldet, auch dann nicht,

---

170) Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 9; Mengering S. 185 f.

171) Vgl. Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 9.

172) So Sarwey-Bossert, § 212 Anm. 3c; ROHG. Bd. 17 Nr. 62 S. 290, Nr. 77 S. 351; RG. Bd. 5 S. 54, Bd. 15 S. 117. Diese Entscheidungen betreffen § 122 AdHGB., der den Gläubigern die Möglichkeit des Verzichts nicht gab; dagegen Wilmowski-Kurlbaum, § 212 Anm. 6; Petersen-Kleinfeller, § 212 Anm. 1.

wenn er es unterläßt, sie als Ausfallforderung zu bezeichnen[173]). Nimmt er aber die Konkursquote auf seine ganze Forderung vorbehaltlos an, so ist in der Regel anzunehmen, daß er damit darauf verzichtet, sich am Gesellschaftskonkurs zu beteiligen[174]).

k) Der Umstand, daß der Gläubiger im Privatkonkurse nur wegen seines Ausfalls im Gesellschaftskonkurse befriedigt werden darf, hindert ihn nicht daran, mit seiner Forderung gegen eine zur Konkursmasse gehörige Forderung des Gemeinschuldners aufzurechnen. Seine Forderung ist weder bedingt noch befristet. Nur muß abgewartet werden, wie hoch der Ausfall im Gesellschaftskonkurse ist, um festzustellen, inwieweit die Aufrechnung wirksam ist[175]). Soweit sie nicht wirksam ist, hat der Gläubiger seine Schuld einzuzahlen. Anderer Ansicht ist Lang[176]), der die dem § 212 KO. unterliegende Forderung als bedingte ansieht und daher § 54 Abs. 3 KO. anwenden will.

III. Die Gesellschaft als Konkursgläubigerin.

1. Die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gemeinschuldner.

Auch die Gesellschaft kann sich mit ihren bei Konkurseröffnung begründeten Forderungen gegen den Gemeinschuldner am Konkurs beteiligen, sowohl mit Forderungen aus einem vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnis wie mit solchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, etwa einer Schadensersatzforderung wegen einer Vertragsverletzung des Gemeinschuldners, oder einer Forderung auf Rückzahlung von Ueberentnahmen. Die Geltendmachung dieser Forderungen ist insbesondere nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gemeinschuldner als Gesellschafter zugleich Gläubiger einer solchen Forderung ist (s. oben S. 16).

Zu den Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis gehören insbesondere folgende Ansprüche.

a) aa) Wenn der Gemeinschuldner infolge seines Konkurses aus der Gesellschaft ausscheidet, hat die Gesellschaft einen Anspruch auf Nachzahlung eines sich bei der Auseinandersetzung ergebenden Passivsaldos (§ 739 BGB.). Dieser Anspruch ist Konkursforderung[177]),

173) Vgl. Jaeger, KO. § 64 Anm. 16; Wolff, KO. § 64 Anm. 6.

174) Vgl. Jaeger a. a. O.; Mentzel, § 64 Anm. 3.

175) So RG. Bd. 56 S. 363 ff.; vgl. RG. Bd. 74 S. 63 ff.; Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 8; Bleyer, § 212 Anm. 2b.

176) Lang S. 220; ebenso Wolff, § 212 Anm. 3.

177) So Jaeger, KO. 5. Aufl. § 212 Anm. 3; Staub-Pinner, § 141 Anm. 5.

denn er entsteht gerade durch die Konkurseröffnung und hat seinen Rechtsgrund in dem schon vor der Konkurseröffnung bestehenden Gesellschaftsverhältnis [178]).

bb) Beim Ausscheiden entsteht ferner ein Anspruch auf Teilnahme am Verlust der schwebenden Geschäfte (§ 740 BGB.). Dieser Anspruch ist aus den gleichen Gründen Konkursforderung. Der Anspruch auf Einzahlung eines Verlustanteils ist jedoch dadurch bedingt, daß bei einem schwebenden Geschäft ein Verlust eintritt. Er berechtigt daher zunächst nur zu einer Sicherung (§ 67 KO.). Er wird bei Abschlagsverteilungen wie ein unbedingter berücksichtigt (§ 154 Abs. 1 KO.), aber die auf ihn entfallenden Beträge sind zurückzubehalten [179]). Bei der Schlußverteilung ist jedoch die Berücksichtigung des Anspruchs dann ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit eines Verlustes eine so entfernte ist, daß die Forderung auf Teilnahme am Verlust keinen gegenwärtigen Vermögenswert darstellt (§ 154 Abs. 2 KO.). Die zurückbehaltenen Quoten werden dann für die Schlußverteilung frei.

b) Auch der Anspruch auf Zahlung der rückständigen Einlagen kann als Konkursforderung insoweit geltend gemacht werden, als die Einlage zur Durchführung der Liquidation erforderlich ist. Daß die Einlage insoweit von einem nicht in Konkurs gefallenen Gesellschafter verlangt werden kann, und daß unter Umständen diese Forderung vom Konkursverwalter gemäß § 17 KO. voll zu erfüllen ist, wurde schon oben (S. 31) ausgeführt. Aber auch als Konkursforderung kann sie geltend gemacht werden. Bedenken könnte man nur in folgender Richtung haben. Regelmäßig ändert die Einziehung rückständiger Einlagen am Ergebnis der Auseinandersetzung nichts, nur können, die sonst für die Saldenausgleichung verbleibenden Schulden schon während der Liquidation gedeckt werden. Verluste aber werden durch diese Einziehung nicht ausgeglichen, denn um den Betrag, den der Gesellschafter nachleistet, erhöht sich sein Kapitalanteil. Einen besonderen Vermögensvorteil — abgesehen von etwa ersparten Zinsen — haben daher die übrigen Gesellschafter nicht, denn wenn der mit seiner Einlage rückständige Gesellschafter jetzt nicht leistete, würde er bei der Saldenausgleichung durch die verbleibenden Schulden entsprechend belastet werden. Dadurch, daß er zahlt, kommen die Schulden, zu deren Deckung er zahlte, für die Saldenausgleichung nicht mehr in Betracht. Anders ist es aber, wenn aus der Konkursmasse eine Quote auf die noch bestehende Beitragsforderung bezahlt wird. Die Beitragsforderung als solche wird durch diese Zahlung befriedigt. Da aber der Kapitalanteil des Gemeinschuldners

178) Vgl. Jaeger, KO. § 3 Anm. 15; RG. in Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 1121.
179) Wilmowski-Kurlbaum, § 154 Anm. 2.

nur die wertmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ausdrückt, kann er sich nur um den Betrag erhöhen, der tatsächlich gezahlt wurde. Andererseits werden die Schulden, die durch die Beitragsleistung gedeckt werden sollten, nur zum Teil durch die Quote gedeckt. Sie belasten daher bei der Saldenausgleichung nochmals den Gemeinschuldner. Man könnte nun annehmen, daß die Geltendmachung der Beitragspflicht deshalb unzulässig sei, weil diese Schulden die Konkursmasse zweimal treffen, während aus ihr die Zahlung einer Schuld nur einmal verlangt werden kann. Diese Erwägung trifft jedoch nicht zu. Die Beitragsforderung ist eine Forderung der Gesellschaft. Sie wird zwar durch die Liquidation modifiziert und die ungedeckten Schulden bilden den Maßstab für ihre Höhe, aber sie wird dadurch nicht zu einem Anspruch, der nur auf Deckung dieser Schulden ginge. Vielmehr bleibt sie ein Anspruch auf Leistung in das Vermögen der Gesellschaft. Daß die ungedeckt gebliebenen Schulden bei der Saldenausgleichung nochmals zu berücksichtigen sind, kann daher die Geltendmachung der Beitragsforderung nicht hindern.

c. Der Anspruch darauf, daß ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner gehört, im Innenverhältnis als Gesellschaftsvermögen behandelt werde, wird dadurch verwirklicht, daß der Gegenstand als Aktivum in die Gesellschaftsbilanz aufgenommen wird. Er wird so als Maßstab für die Bemessung der Kapitalanteile mit verwendet und es wird vermieden, daß ein Verlust entsteht, der auf alle Gesellschafter zu verteilen wäre. Reicht dann das tatsächliche Vermögen der Gesellschaft zur Deckung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter nicht aus, so haben diese gegen den Gemeinschuldner eine Konkursforderung in Höhe des ungedeckten Betrages; denn der Gemeinschuldner wäre ohne den Konkurs verpflichtet, das in seinen Händen befindliche Gesellschaftsvermögen zur Deckung ihrer Kapitalanteile zur Verfügung zu stellen [180]). Wollte man den Gesellschaftern nur einen Anspruch auf Leistung des Gegenstandes an die Gesellschaft

---

180) Beispiel I: Dem Gemeinschuldner G. gehört ein Grundstück im Werte von RM. 15 000,—. Im Innenverhältnis ist er verpflichtet, es als Gesellschaftsvermögen zu behandeln. Der Einfachheit halber sei angenommen, daß anderes Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist. Der Kapitalanteil des G. betrage RM. 10 000,—, der seines Mitgesellschafters A. RM. 5000,—, die Konkursquote 30 %. Die Schlußbilanz würde dann folgendes Bild zeigen:

Aktiva		Passiva	
Grundstück . . .	RM. 15 000,—	Kapitalanteil des G.	RM. 10 000,—
		Kapitalanteil des A.	RM. 5 000,—
	RM. 15 000,—		RM. 15 000,—

B. würde auf Grund dieser Bilanz eine Konkursforderung in Höhe von RM. 5000,— haben. Diese würde ihm 30 %, also RM. 1500,—, einbringen.

geben, so würde man zu ganz anderen Ergebnissen kommen [181]). Auch besteht ein solcher Anspruch nicht immer. Es kann sein, daß der Gemeinschuldner, ähnlich wie der Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft, nicht verpflichtet war, den Gegenstand in das Gesellschaftsvermögen zu überführen. Dann braucht er, auch wenn er nicht in Konkurs gefallen ist, nur die sich bei der Auseinandersetzung ergebenden Forderungen zu decken. Eine solche Abrede wird freilich bei der OHG. selten sein.

In der Regel besteht ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes oder seines Erlöses an die Gesellschaft. Dieser ist daraus herzuleiten, daß der Gemeinschuldner verpflichtet ist, den Gegenstand im Innenverhältnis als Gesellschaftsvermögen zu behandeln. Er ist daher verpflichtet, ihn bei der Liquidation der Gesellschaft von der Gesellschaft verwerten zu lassen, und diese hat einen Anspruch darauf, den Erlös zu verteilen. Dieser Anspruch ist Konkursforderung der Gesellschaft, denn er bestand, wenigstens als bedingter, schon vor der Konkurseröffnung. Erhält sie eine Konkursquote, so kann der Gegenstand insoweit nicht mehr als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden, denn der Anspruch auf Behandlung des Gegenstandes als Gesellschaftsvermögen ist insoweit erloschen, als sein Wert zur Liquidationsmasse gekommen ist. Auch die Gesellschafter haben, soweit sie Deckung ihrer Kapitalanteile aus dem Gegenstand hätten verlangen können, keine Konkursforderungen mehr, denn die Leistungspflicht des Gemeinschuldners an die Gesellschaft ist — konkursmäßig — voll erfüllt. Die Aufnahme des Gegenstandes unter die Aktiven der Gesellschaftsbilanz ist nur noch Maßstab für die Bemessung der Kapitalanteile. Außerdem muß sich der Gemeinschuldner auch weiterhin so behandeln lassen, als habe er Gesellschaftsvermögen im Wert des Gegenstandes erhalten und kann daher, wenn sein Kapitalanteil diesen Wert nicht übersteigt, keine Liquidationsraten verlangen [182]).

---

181) Beispiel II: In dem obigen Beispiel müßte die Gesellschaft ihren Anspruch auf Leistung des Grundstücks als Konkursforderung geltend machen. Sie erhielte 30 %, also RM. 4500,—. Es wäre ein Liquidationsverlust von RM. 10 500,— entstanden. Dieser müßte zu gleichen Teilen auf die Gesellschafter verteilt werden. Die Schlußbilanz würde folgendes Bild zeigen:

Aktiva		Passiva	
Barvermögen . . .	RM. 4500,—	Kapitalanteil des G.	RM. 4750,—
Kapitalanteil des A.	RM. 250,—		
	RM. 4750,—		RM. 4750,—

A. würde nichts vom Liquidationserlös erhalten und müßte auch noch eine Saldenausgleichsforderung des G. in Höhe von RM. 250,— decken.

182) Beispiel III: Im Beispiel I macht die Gesellschaft ihren Anspruch auf Leistung des Grundstücks als Konkursforderung geltend. Die Schlußbilanz würde folgendes Bild ergeben:

Soweit der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht, daß der Gegenstand nicht entsprechend den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verwertet werden konnte, besteht ein Schadensersatzanspruch als Konkursforderung.

d. Oben wurde ausgeführt, daß der Konkursverwalter die Pflichten des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung voll erfüllen muß. Da diese Pflichten Masseschulden im Sinne § 59 Z. 2 KO. sind, ist auch ein durch ihre Verletzung entstehender Schadensersatzanspruch Masseschuld [183]).

2. Die Geltung des § 51 KO. für die Ansprüche der Gesellschaft.

Für ihre Ansprüche aus vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsverhältnissen steht der Gesellschaft als solcher ein Vorzugsrecht nicht zu. Sie hat ein solches nur dann, wenn unter den gleichen Voraussetzungen auch ein Dritter ein Vorzugsrecht haben würde, z. B. wenn der Gemeinschuldner der Gesellschaft für eine Forderung ein Pfand bestellt hat.

Anders sind solche Forderungen zu behandeln, die sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen. Für sie besteht nach § 51 KO. ein Absonderungsrecht aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteil des Gemeinschuldners. § 51 KO. bestimmt: „Wer sich mit dem Gemeinschuldner in ... einer Gesellschaft befindet, kann wegen der auf dieses Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen." Man könnte gegen die Anwendung des § 51 KO. einwenden, daß dieser nur den Gesellschaftern ein Absonderungsrecht einräume. In Wahrheit handelt es sich aber, auch wenn die Gesellschaft solche Ansprüche geltend macht, um Ansprüche der Gesellschafter, denn diesen und nicht der Gesellschaft als einer juristischen Person steht das Gesellschafts-

---

Aktiva		Passiva	
Barvermögen . .	RM. 4 500,—	Kapitalanteil des G.	RM. 10 000,—
Grundstückswert .	RM. 10 500,—	Kapitalanteil des A.	RM. 5 000,—
	RM. 15 000,—		RM. 15 000,—

A. hat dann den ausschließlichen Anspruch auf den Erlös von RM. 4500,—. Wollte man aber den Ausgleichsposten für das Grundstück weglassen, so würden sich die Kapitalanteile sehr zum Nachteil des A. verändern (vgl. Beispiel II). Das wäre nicht angebracht; denn A. hat immer noch einen Anspruch gegen G., daß dieser den Wert des Grundstücks im Innenverhältnis zum Gesellschaftsvermögen rechne. Nur soweit tatsächlich ein Gegenwert für das Grundstück zum Gesellschaftsvermögen gekommen ist, braucht er das nicht zu tun.

183) Vgl. Bleyer, § 59 Anm. 2; Jaeger, KO. § 59 Anm. 7.

vermögen zu. Man kann daher annehmen, daß § 51 KO. nicht nur dann gilt, wenn einem einzelnen Gesellschafter gegen den Gemeinschuldner ein Anspruch zusteht, sondern auch dann, wenn ein Anspruch den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zusteht. Unter welchen Voraussetzungen nach § 51 KO. ein Absonderungsrecht besteht, wird unten näher dargelegt werden (vgl. S. 81 ff.).

3. Aufrechnung.

Soweit Forderungen der Gesellschaft solchen des Gemeinschuldners gegenüberstehen, kann sie sich nach allgemeinen Regeln gemäß §§ 53 ff. KO. durch Aufrechnung befriedigen. Daß die Gesellschaftsforderung noch nicht feststand, hindert die Aufrechnung nicht (§ 54 KO.). Man nehme etwa an, daß der Gemeinschuldner infolge des Konkurses aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und sich bei der noch nicht durchgeführten Auseinandersetzung wahrscheinlich ein Passivsaldo für den Gemeinschuldner ergeben wird. Ist es auch bei Konkurseröffnung nicht sicher, ob und in welcher Höhe eine derartige Forderung gegen den Gemeinschuldner entstanden ist, so besteht sie doch schon, wenn auch bedingt. Nicht etwa wird die Aufrechnung durch § 55 Z. 2 KO. unzulässig [184]).

Entsprechendes gilt, wenn die Gesellschaft eine Forderung gegen den Gemeinschuldner hat, aber dem Gemeinschuldner ein Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben zusteht. Auch dann gilt § 54 KO. und nicht § 55 Z. 1 KO.; denn die Schuld der Gesellschaft war schon vor der Konkurseröffnung begründet [185]).

IV. Die Gesellschafter als Konkursgläubiger.

1. Ihre Ansprüche gegen den Gemeinschuldner.

Wie die Gesellschaft können sich auch die einzelnen Gesellschafter mit ihren bei Konkurseröffnung begründeten Forderungen gegen den Gemeinschuldner aus dem Gesellschaftsverhältnis oder einem sonstigen Rechtsgrunde am Konkurse beteiligen. Mit ihren Forderungen gegen die Gesellschaft können sie das insoweit, als sonst ein Gesellschafter den andern während der Liquidation in Anspruch nehmen kann (s. oben S. 53 f.). Insbesondere gehören folgende Ansprüche zu ihren Konkursforderungen.

a) Die Saldenausgleichsforderungen der Gesellschafter gegen den Gemeinschuldner sind Konkursforderungen; denn sie haben ihren

184) Vgl. Jaeger, § 55 Anm. 8.
185) Vgl. Jaeger, § 55 Anm. 5.

Rechtsgrund in dem Gesellschaftsverhältnis und sind infolge der Konkurseröffnung entstanden (s. oben). Nur ergibt erst die Auseinandersetzung, ob und in welchem Umfang sie bestehen.

Zahlt ein anderer Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld, zu deren Deckung der Gemeinschuldner auf Grund der Saldenausgleichung verpflichtet ist, so erwirbt er einen Rückgriffsanspruch gegen den Gemeinschuldner. Diesen Rückgriffsanspruch kann er jedoch nur unter den gleichen Voraussetzungen im Konkurse geltend machen, unter denen ein Rückgriffsanspruch des Gemeinschuldners im Konkurse eines anderen Gesellschafters geltend gemacht werden kann (vgl. oben S. 63 f.). Insbesondere kann der Rückgriffsanspruch dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Gesellschafter nach der Konkurseröffnung eine Teilzahlung leistete und der ursprüngliche Gläubiger sich gemäß § 68 KO. mit seiner ganzen Forderung am Konkurs beteiligt.

b) Auch solche Ansprüche, die ein Gesellschafter durch Geschäftsführung für die Gesellschaft gemäß §§ 136/137 HGB. gegen den Gemeinschuldner erwirbt, sind Konkursforderungen. Und zwar sind die Ansprüche aus § 137 HGB. Masseansprüche, die Ansprüche aus § 136 HGB. Konkursforderungen. Diese Regelung ist durch § 28 KO. für die entsprechenden Ansprüche in der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts getroffen. Da aber die Lage eines Gesellschafters der OHG. in diesem Falle der Lage eines Gesellschafters der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft durchaus entspricht, ist § 28 KO. auch auf die OHG. anzuwenden [186]). Soweit ein Absonderungsrecht nach § 51 KO. begründet ist, wird es durch § 28 KO. nicht ausgeschlossen, auch nicht insoweit, als Masseansprüche entstehen. Dies ist anzunehmen, obwohl sich im § 28 KO. die Worte „unbeschadet der Bestimmung des § 51" nach ihrer Stellung nur auf „Konkursgläubiger" beziehen [187]).

Es muß sich freilich um Ansprüche gegen den Gemeinschuldner handeln. Dazu genügt es nicht, daß die Geschäftsführung im Rahmen der §§ 136/137 HGB. erfolgte, sondern es muß auch im Innenverhältnis der Gemeinschuldner zur Deckung dieser Ansprüche verpflichtet sein. Dies stellt sich bei der Saldenausgleichung beziehungsweise der Auseinandersetzung heraus [188]).

c) Durch den Konkurs können die übrigen Gesellschafter geschädigt werden; denn die Auflösung und Liquidation vermindern meist den Wert des Gesellschaftsvermögens. Ein Ersatzanspruch wegen

186) Vgl. Jaeger, § 28 Anm. 5; Wolff, § 28 Anm. 2; Seuffert S. 237; Fitting S. 67 N. 60; Düringer-Hachenburg, § 137 Anm. 9; Staub-Pinner, § 137 Anm. 3; Goldmann, § 137 Anm. 14; abweichend Makower, § 131 Anm. I e.

187) Vgl. Jaeger, § 28 Anm. 4.

188) Vgl. Düringer-Hachenburg, § 137 Anm. 9.

dieses Schadens gegen den Gemeinschuldner besteht aber nur, wenn ein vertragswidriges Verhalten des Gemeinschuldners auch zur Konkurseröffnung führte [189]). Das ist z. B. der Fall, wenn Spekulationen, die dem Gemeinschuldner nach dem Gesellschaftsvertrag verboten waren, zur Konkurseröffnung geführt haben. Diese Pflichtverletzung ist dann Ursache der Konkurseröffnung und damit des durch Auflösung und Liquidation entstandenen Schadens der Gesellschafter [190]). Der Gemeinschuldner ist daher ersatzpflichtig.

2. Das Absonderungsrecht des § 51 KO.

Für ihre Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnis steht den Gesellschaftern das Absonderungsrecht des § 51 KO. zu.

a) Die Bedeutung des § 51 KO. ist überaus zweifelhaft. Manche nehmen an, daß er erst dann praktische Bedeutung bekommt, wenn bei der Auseinandersetzung Forderungen der Gesellschafter gegen den Gemeinschuldner übersehen wurden. Während der Auseinandersetzung könne schon auf Grund des § 16 KO. angenommen werden, daß die Forderungen der Gesellschafter gegen den Gemeinschuldner aus dem Anteil desselben zu befriedigen seien [191]). Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Dies wird besonders deutlich, wenn es sich nicht um eine Gesellschaftsforderung, sondern um eine Forderung eines einzelnen Gesellschafters handelt, denn bei einer Gesellschaftsforderung liegen meist zugleich die Voraussetzungen einer Aufrechnung vor. Hat z. B. die Gesellschaft gegen den Gemeinschuldner einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung gesellschaftlicher Pflichten, so könnte sie diesen gegen den Anspruch des Gemeinschuldners auf den ihm zukommenden Teil des Liquidationserlöses aufrechnen. Eine Aufrechnung des Gesellschafters mit einer solchen Forderung gegen die Forderung des Gemeinschuldners auf sein Auseinandersetzungsguthaben ist aber zum mindesten dann nicht zulässig, wenn eine Liquidation stattfindet, der Anspruch des Gemeinschuldners sich also nur gegen die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen richtet. Die Forderungen stehen dann nicht zwei Personen gegeneinander zu und können daher nicht nach §§ 387 ff. BGB. durch einseitige Erklärung aufgerechnet werden. Durch Auf-

189) So Staub-Pinner, § 131 Anm. 19; vgl. auch Jaeger, § 25 Anm. 6.

190) So für durch Vertragsverletzung veranlaßte Kündigung einer Gesellschaft RG. Bd. 89 S. 398 ff.; eines Mietverhältnisses RG. Bd. 64 S. 381 ff.; RG. Bd. 76 S. 367 f.

191) So Bleyer, § 51 Anm. 1; Wilmowski-Kurlbaum, § 51 Anm. 2; Fitting S. 239; Seuffert S. 113; v. Auffeß S. 86.

rechnung gegen den Anspruch des Gemeinschuldners auf seinen Anteil könnte sich ein Gesellschafter daher in diesem Falle nicht befriedigen. Wohl aber kann er auf Grund des § 51 KO. verlangen, daß dieser Anteil zu seiner Befriedigung verwendet wird.

Man könnte freilich versuchen, zu diesem Ergebnis schon durch § 16 KO. i. Verbdg. mit § 756 BGB. zu kommen. § 756 BGB. gibt dem Gemeinschaftsgenossen das Recht, für seine auf die Gemeinschaft sich gründenden Forderungen gegen einen anderen Gemeinschaftsteilhaber bei Aufhebung der Gemeinschaft Befriedigung aus dessen Anteil zu verlangen. § 756 BGB. gilt auch für die Gesellschaft und damit für die OHG. gemäß § 731 BGB., wenigstens dann, wenn es sich nicht um eine Gesellschaftsschuld, sondern um eine Forderung gegen einen Gesellschafter handelt; denn Gesellschaftsschulden müssen nach der Sondervorschrift des § 733 Abs. 1 BGB. aus dem Gesellschaftsvermögen berichtigt werden [192]). § 756 BGB. i. Verbdg. mit § 16 KO. würde aber für sich nicht schon die Bedeutung haben, daß die Berichtigung von Forderungen der Gesellschafter gegen den Gemeinschuldner außerhalb des Konkursverfahrens aus dessen Anteil verlangt werden kann. Es ist zwar richtig, daß die Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens stattfindet. Soweit sich aber aus ihr schuldrechtliche Ansprüche ergeben, sind sie grundsätzlich nur Konkursforderungen. Nun besteht freilich gemäß § 756 BGB. für diese Ansprüche ein Vorzugsrecht; daß dieses aber auch im Konkurs bestehen bleibt, geht erst aus § 51 KO. hervor. Wäre dieser nicht in der abschließenden Aufzählung der §§ 47 ff. enthalten, so könnte man nicht annehmen, daß das Vorrecht auch im Konkurs des Gesellschafters Geltung habe (§ 4 Abs. 1 KO.). Jaeger bemerkt daher mit Recht, daß erst aus § 51 KO. hervorgehe, daß die Gesellschafter bei der Auseinandersetzung Befriedigung ihrer auf das Gesellschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen verlangen dürfen [193]).

b) Voraussetzung für die Anwendung des § 51 KO. ist, daß das Gesellschaftsverhältnis bei Konkurseröffnung noch bestand. Daß die Gesellschaft bei Konkurseröffnung schon aufgelöst war, hindert die Anwendung des § 51 KO. nicht [194]). Es genügt, daß die Auseinandersetzung noch nicht beendet war. Ist die Auseinandersetzung beendet,

---

192) Vgl. Staudinger, § 734 Anm. II; Planck, § 437 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 269.

193) Jaeger, KO. § 51 Anm. 2; ebenso Mentzel, § 51 Anm. 1; Wolff, § 51 Anm. 1; Jaeger, Lehrbuch S. 117.

194) So Jaeger, KO. § 51 Anm. 7; Wolff, § 51 Anm. 2; Mentzel, § 51 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller, § 51 Anm. 4; Wilmowski-Kurlbaum, § 51 Anm. 6; Sarwey-Bossert, § 51 Anm. 5 u. 7; Seuffert S. 113; a. A. Völderndorff Bd. 1 S. 555, § 54d.

so trifft § 51 KO. nicht mehr zu, denn der Gemeinschuldner „befindet" sich nicht mehr in einer Gesellschaft.

§ 51 KO. trifft nicht zu auf einen Gegenstand, z. B. ein Grundstück, bezüglich dessen zwar schuldrechtlich ein Gesellschaftsverhältnis bestand, der aber dinglich Eigentum des Gemeinschuldners war[195]). Dann findet zwar die Auseinandersetzung gemäß § 16 KO. außerhalb des Konkursverfahrens statt; wegen der bei der Auseinandersetzung festgestellten Ansprüche besteht aber ein Absonderungsrecht an den betreffenden Gegenstand oder an einem Anteil an demselben ebensowenig, wie der Gegenstand zur Liquidationsmasse gezogen werden könnte. Er gehört uneingeschränkt zur Konkursmasse.

c) Das Absonderungsrecht besteht an dem „bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteil" des Gemeinschuldners. Findet eine Liquidation statt, so sind die Liquidationsraten Anteil in diesem Sinne. Scheidet der Gemeinschuldner aus, so besteht das Absonderungsrecht an dem Anspruch auf das Abfindungsguthaben.

Veräußert der Konkursverwalter den Anteil des Gemeinschuldners, so besteht das Absonderungsrecht am Erlös fort[196]). Seine Geltendmachung wird nicht dadurch gehindert, daß der Konkursverwalter den Erfolg der Auseinandersetzung in anderer Weise herbeigeführt hat. Das Absonderungsrecht besteht auch dann fort, wenn der für den Gemeinschuldner ermittelte Anteil vor Befriedigung der absonderungsberechtigten Forderungen zur Masse gezogen wurde. Ist er als solcher nicht mehr vorhanden, so besteht ein Masseanspruch auf Grund des § 59 Z. 3 KO[197]).

d) Die Forderungen, für die das Absonderungsrecht geltend gemacht werden darf, müssen sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen. Für ihre Entstehung muß das Gesellschaftsverhältnis maßgebend sein, es dürfen also keine vom Gesellschaftsverhältnis unabhängige Rechtsverhältnisse wie Kauf oder Miete vorliegen[198]). Aber das Gesellschaftsverhältnis braucht nicht die ausschließliche Grundlage der Ansprüche zu sein[199]). Auch für Schadensersatzansprüche wegen Ver-

---

195) So Jaeger, § 51 Anm. 2; Mentzel, § 51 Anm. 2; RG. in JW. 1905 S. 719 f.; RG. in LZ. 1928 Sp. 1330 ff.; OLG. Hamburg, Recht 1904 Nr. 1701; anders OLG. Augsburg, LZ. 1914 Sp. 1816; wohl auch Wolff, § 16 Anm. 3.

196) Jaeger, KO. § 51 Anm. 5; Wilmowski-Kurlbaum, § 51 Anm. 6; Sarwey-Bossert, § 51 Anm. 7; Bleyer, § 51 Anm. 1a; RG. Bd. 67 S. 156; a. A. v. Völderndorff Bd. 1 S. 558, § 44 h.

197) Vgl. Jaeger, § 51 Anm. 5; Mentzel, § 51 Anm. 3.

198) Vgl. dazu RG. Bd. 26 S. 110 f., Bd. 78 S. 273 ff.; RG. in LZ. 1914 Sp. 1810.

199) So Mentzel, KO. § 51 Anm. 2; RG. Bd. 78 S. 273 ff.; RG. in LZ. 1914 Sp. 1810.

letzung einer gesellschaftlichen Verpflichtung kann ein Absonderungsrecht geltend gemacht werden, denn auch sie haben in dem Gesellschaftsverhältnis ihren Rechtsgrund [200]). Liegt aber ein vom Gesellschaftsverhältnis unabhängiges Rechtsverhältnis vor, so besteht das Absonderungsrecht auch dann nicht, wenn dieses Rechtsverhältnis im Interesse der Gesellschaft begründet wurde. Hat etwa ein Gesellschafter dem Gemeinschuldner ein Darlehn gegeben, um dessen Konkurs und damit die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern, so kann er sich für diese Darlehnsforderung nicht auf § 51 KO. berufen [201]).

Der Umstand, daß eine absonderungsberechtigte Forderung in das Kontokorrent aufgenommen war, zerstört das Absonderungsrecht nicht (§ 356 HGB.) [202]).

Fraglich ist, ob ein Absonderungsrecht an dem Anteil des Gemeinschuldners auch für solche Forderungen besteht, die sich gegen seinen Rechtsvorgänger richten und sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen. Zum Beispiel hat ein Gesellschafter A. gegen den früheren Gesellschafter B. einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seiner gesellschaftlichen Pflichten. Inzwischen ist vor der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner G. an die Stelle des B. getreten. Fraglich ist hier, ob A. für seinen Anspruch gegen B. ein Absonderungsrecht an dem Anteil des G. hat. Für die Gemeinschaft nach Bruchteilen wäre das zu bejahen. Bei dieser ergibt sich nach §§ 756 S. 2 in Verbdg. mit 755 Abs. 2 BGB., daß ein Teilhaber für Forderungen aus dem Gemeinschaftsverhältnis außerhalb des Konkurses ein Befriedigungsrecht an dem Anteil desjenigen hat, der Rechtsnachfolger des Verpflichteten ist [203]). Die Frage, welche Ansprüche sich im Sinne von § 51 KO. auf das Gemeinschaftsverhältnis gründen, ist nach bürgerlichem Recht, insbesondere nach § 756 BGB. zu beurteilen. Daher bleibt das Befriedigungsrecht des Teilhabers aus §§ 756 S. 2 in Verbindung mit 755 Abs. 2 BGB. auch im Konkurse des anderen Teilhabers als Absonderungsrecht bestehen [204]). § 756 BGB. gilt auch für die Gesellschaft (vgl. oben S. 82). Daher ist auch ein Absonderungsrecht des Gesellschafters vom Anteil des Gemeinschuldners für solche Forderungen gegen den Rechtsvorgänger des Gemeinschuldners anzuerkennen, die sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründen. Eine solche Rechtsnachfolge ist nur anzunehmen, wenn der Gemeinschuldner als Gesellschafter an die Stelle des früheren Gesellschafters ge-

200) Vgl. Mentzel a. a. O.

201) So Jaeger, KO. § 51 Anm. 6; Mentzel, § 51 Anm. 2; Wolff, § 51 Anm. 4.

202) Vgl. OLG. Stuttgart, Recht 1907 S. 317 Nr. 656.

203) Vgl. RG. Bd. 78 S. 273 ff.

204) Vgl. Mentzel, KO. § 51 Anm. 1; Petersen-Kleinfeller, § 51 Anm. 6.

treten ist. Dies ist freilich nicht dann anzunehmen, wenn lediglich das Ausscheiden dieses Gesellschafters zeitlich mit dem Eintritt des Gemeinschuldners zusammentraf; denn dann findet eine Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden statt, bei der die übrigen Gesellschafter auch ihre Rechte aus § 756 BGB. geltend machen können [205]). Tritt aber der Gemeinschuldner in das ganze mit dem früheren Gesellschafter bestehende Rechtsverhältnis ein [206]), so gehen dessen ganze Rechte, also auch seine wirtschaftliche Beteiligung (Kapitalanteil) auf den Gemeinschuldner über. Hier dürfte daher auch die Anwendung der §§ 756 S. 2, 755 Abs. 2 BGB. und damit die des § 51 KO. gerechtfertigt sein; denn die übrigen Gesellschafter würden sonst ihr Befriedigungsrecht verlieren, da hier keine Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden stattfindet.

Keine Rechtsnachfolge in diesem Sinne ist es, wenn dem Gemeinschuldner nur der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben abgetreten wurde (§ 717 S. 2 BGB.). Hier ist § 51 KO. nicht anwendbar, denn der Gemeinschuldner wird nicht Gesellschafter. Zwar muß die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern stattfinden und dabei werden auch die Forderungen gegen den Gesellschafter, der sein Auseinandersetzungsguthaben abgetreten hat, gemäß § 756 BGB. berücksichtigt. Sind sie aber unberücksichtigt geblieben und ist das Auseinandersetzungsguthaben an die Konkursmasse gezahlt worden, so besteht ein Absonderungsrecht nicht.

e) Geltend gemacht wird das Absonderungsrecht regelmäßig beim Vollzuge der Auseinandersetzung. Es wird von dem Anteil des Gemeinschuldners so viel abgezogen, wie die absonderungsberechtigte Forderung beträgt [207]). Ist der Anteil des Gemeinschuldners zur Masse gezogen und untrennbar mit ihr vermischt, so tritt an Stelle des Absonderungsrechts ein Masseanspruch (s. oben). Die Geltendmachung des Absonderungsrechts ist an keine Frist gebunden [208]). Es kann vielmehr bis zur Verteilung der Masse geltend gemacht werden [209]). Aber es muß geltend gemacht werden [210]), von Amts wegen braucht sich der Konkursverwalter nicht darüber zu unterrichten, ob ein Absonderungsrecht besteht (§ 4 Abs. 1 KO.).

---

205) Vgl. Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 297.

206) Vgl. Düringer-Hachenburg, Allgem. Einltg. Anm. 296.

207) Vgl. Jaeger, § 51 Anm. 5.

208) So Sarwey-Bossert, § 51 Anm. 9.

209) So Wilmowski-Kurlbaum, § 51 Anm. 6.

210) Vgl. Wolff, § 51 Anm. 3; Wilmowski-Kurlbaum, § 51 Anm. 3; Bleyer, § 51 Anm. 1c; Sarwey-Bossert, § 51 Anm. 9.

3. Aufrechnung.

Der Gesellschafter ist nach allgemeinen Regeln auch zur Aufrechnung berechtigt. Er kann daher insbesondere auch gegen eine Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen, etwa eine Forderung auf Ersatz von Aufwendungen, für die er erst seit der Eröffnung des Konkurses persönlich haftet, weil der Gemeinschuldner ausschied und den Gesellschaftern jetzt wie ein Dritter gegenübersteht. Vorher waren diese Forderungen nicht gemäß §§ 387 ff. BGB. durch einseitige Erklärung aufrechenbar, weil sie nicht zwei Personen gegeneinander zustanden. Daß aber die persönliche Haftung für eine Schuld erst durch die Konkurseröffnung eintritt, kann die Aufrechnung ebensowenig hindern, wie wenn die Schuld selbst erst durch die Konkurseröffnung entstand. Diese Aufrechnungsmöglichkeit ist für den Gesellschafter sehr günstig; denn er gewinnt einen vollen Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft, während er sonst nur eine Konkursquote erhielte und die Gesellschaft die Forderung des Gemeinschuldners voll decken müßte.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

v. Auffeß: Konkursrecht und Konkursverfahren. 2. Aufl.
Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1886.
Bleyer: Konkursordnung. 3. Aufl.
Brand: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl., 2. Bd. 1. Hälfte, Allgem. Einltg., bearb. v. Geiler; 2. Bd. 2. Hälfte, bearb. v. Flechtheim.
Ennecerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbtg. 1932.
Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil. 13. Bearbtg. 1931.
Fitting: Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.
Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht. 2. Bd. Berlin 1873.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Aufl.
Heinsheimer: Ueber die Teilhaberschaft. Heidelberg 1930.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Jaeger: Lehrbuch des Konkursrechts. 2. Aufl. 1931.
— Kommentar zur Konkursordnung. Bd. 1, 6. u. 7. Aufl.; Bd. 2, 1. Liefrg., 6. u. 7. Aufl.; 2. Bd., 5. Aufl.
— Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Freiburg u. Leipzig 1897.
Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1911.
Kipp und Wolff: Familienrecht. 18./20. Aufl., 6. Bearb.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1912.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1901.
Könige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 3. Aufl., bearb. von König, Teichmann u. Köhler.
Kohler: Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 1903.
Lang: Das Aufrechnungsrecht. München 1906.
Lehmann, K. H.: Der Kapitalanteil in der OHG., Wesen und Bedeutung. Diss. Heidelberg 1932.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd., 2. Aufl.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1, 13. Aufl., 1906.
Materialien zur Konkursordnung, herausg. v. Hahn. 1881.
Mengering: Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen und ausgeschlossenen Gesellschafters. Diss. Leipzig 1902.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 4. Aufl.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch. Berlin 1931.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Abtlg., 5. Aufl.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung. 4. Aufl. 1900.
Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 2. Hälfte, 4. Aufl.
Reichsgerichtsrätekommentar. 7. Aufl., 2. Bd.

Ritter: Das Handelsgesetzbuch. 1. Aufl. 1910. Komm. z. HGB., 2. Aufl.
Sarwey-Bossert: Konkursordnung. 4. Aufl.
Schubert: Die rechtliche Stellung des aus einer offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters. Bonn 1930.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Bd., 14. Aufl.
— Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Bd., 9. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse. 3. Teil, 9. Aufl.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd., 15. Aufl.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1910.
v. Völderndorff: Konkursordnung. 2. Aufl. 1884.
Wieland: Handelsrecht. 1. Bd. 1921.
Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl.
Wimpfheimer: Die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts im Stadium der Liquidation. München 1908.
Wolff, M.: Die Ware, in Ehrenbergs Hdb. d. Handelsrechts Bd. IV 1. Abtlg. S. 7 ff. Leipzig 1917.
Wolff, Th.: Konkursordnung. 2. Aufl. 1921.

Breit: Die neue Auflage von Jaegers KO. JW. 1916 S. 1077 ff.
— Gerichtliche Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und gerichtliche Ausschließung aus der offenen Handelsgesellschaft. JRdsch. 1926 Sp. 761 ff.
Cohn: Streitfragen im Registerrecht. LZ. 1927 Sp. 491 ff.
Flechtheim: Das Absonderungsrecht des „Dritten" im Konkurse des Haftpflichtversicherungsnehmers. LZ. 1908 Sp. 800 ff.
Henneberg: Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. LZ. 1908 Sp. 268 ff.
Hinsberg: Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft und Art. 122 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. ZHR. Bd. 46 S. 70 ff.
Jaeger: Die OHG. im Zivilprozeß, in Festgabe f. Sohm. Leipzig 1914.
Kannengießer: Zur Konkursnovelle. DJZ. 1898 S. 140.
Keyßner: Geltendmachung des Ausfalls im Konkurs der Handelsgesellschaft gegen das Privatvermögen der Gesellschafter. ZHR. Bd. 30 S. 33 ff.
Kohler: Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. ZHR. Bd. 74 S. 456 ff.
— Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. Arch. f. bürg. R. Bd. 40 S. 229 f.
Lastig: Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, in Festgabe f. Dernburg S. 169 ff. Halle 1900.
Lehmann, K.: Entgegnung (auf Kohlers Aufsatz in ZHR. Bd. 74 S. 456 ff.). ZHR. Bd. 74 S. 462 ff.
— Besprechung von: Jaeger, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß. ZHR. Bd. 78 S. 306 ff.
Schönfeld: Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft. Ihr. Jahrb. Bd. 75 S. 333 ff.

Entscheidungen des RG.: Bd. 5/50; Bd. 14/172; Bd. 15/115; Bd. 26/110; Bd. 31/139; Bd. 34/360; Bd. 35/10; Bd. 37/93; Bd. 39/167; Bd. 40/44; Bd. 42/35; Bd. 42/103; Bd. 45/80; Bd. 45/153; Bd. 55/86; Bd. 56/16; Bd. 56/206; Bd. 56/363; Bd. 64/381; Bd. 64/425; Bd. 65/227; Bd. 67/156; Bd. 68/410; Bd. 71/363; Bd. 74/63; Bd. 76/276; Bd. 76/367; Bd. 77/403; Bd. 78/273; Bd. 78/303; Bd. 80/416; Bd. 81/250; Bd. 81/303; Bd. 86/63; Bd. 87/408; Bd. 89/333; Bd. 89/398; Bd. 90/301; Bd. 91/34; Bd. 93/209; Bd. 95/231; Bd. 105/101; Bd. 106/63; Bd. 107/171; Bd. 108/405; Bd. 111/274; Bd. 112/283; Bd. 114/131; Bd. 135/62.
Entscheidungen des RG. bei Bolze: Bd. 16 Nr. 500 S. 305; Bd. 16 Nr. 502 S. 307; Bd. 18 Nr. 27 S. 14.
Entscheidungen des RG. in Gruch. Beitr.: Bd. 45/621; Bd. 50/1117.
Entscheidungen des RG. in JW.: 1884, S. 270 Nr. 20; 1902, S. 186 Nr. 26; 1903, S. 245 Nr. 28; 1903, S. 270 Nr. 5; 1905, S. 719; 1911, S. 809 Nr. 15; 1912, S. 240 Nr. 7; 1934, S. 1486 Nr. 5.
Entscheidungen des RG. im Konk.- u. Treuh.-Wes.: 1935, S. 52.
Entscheidungen des RG. in LZ.: 1908, Sp. 458; 1913, Sp. 395; 1914, Sp. 1030; 1914, Sp. 1202 Nr. 7; 1914, Sp. 1810; 1928, Sp. 1330; 1933, Sp. 317.
Entscheidungen des RG. in Warn. Jahrb.: 1907, Anh. Nr. 1 S. 520.
Entscheidungen des ROHG.: Bd. 17 Nr. 62 S. 284; Bd. 17 Nr. 77 S. 351.
Entscheidungen des KG. in OLGR.: Bd. 6 S. 352.
Entscheidungen des KG. im Konk.- u. Treuh.-Wes.: 1929, S. 30.
Entscheidungen des KG. in Jur. Rundsch.: 1927, Rechtspr. Nr. 1899 Sp. 1223.
Entscheidungen des OLG. Augsburg in LZ.: 1914, Sp. 1816 Nr. 3.
Entscheidungen des OLG. Colmar in OLGR.: Bd. 15 S. 252.
Entscheidungen des OLG. Frankfurt in JW.: 1930, S. 2812 Nr. 29.
Entscheidungen des OLG. Hamburg im Recht: 1904, S. 386 Nr. 1701.
Entscheidungen des OLG. Stuttgart im Recht: 1907, S. 317 Nr. 656.
Entscheidungen des LG. Berlin in JW.: 1932, S. 205 Nr. 5.

Lebenslauf.

Am 18. Juni 1911 wurde ich, Hermann Stürcke, als Sohn des Bankiers Max Stürcke in Erfurt geboren. Ich besuchte zunächst die Vorschule, dann das Staatliche Gymnasium zu Erfurt. Nach bestandener Reifeprüfung studierte ich an den Universitäten München, Königsberg, Hamburg und Halle a. S. die Rechtswissenschaften. Im Sommer 1933 legte ich beim Oberlandesgericht Naumburg die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 20. Februar 1936 bestand ich die Doktorprüfung.

Für die Anregung meiner Dissertation und die freundliche Beratung bei der Ausarbeitung schulde ich Herrn Professor Dr. Wolfgang Hein besonderen Dank, den ich ihm auch an dieser Stelle aussprechen möchte.